

# **Os Direitos Fundamentais num Mundo em Transformação**





# Os Direitos Fundamentais num Mundo em Transformação

Tópicos Atuais aos 30 Anos da CF e 70 Anos da DUDH

**Organizador:**  
Ingo Wolfgang Sarlet



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



<http://www.abecbrasil.org.br>

---

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.)

Os Direitos Fundamentais num Mundo em Transformação: tópicos Atuais aos 30 Anos da CF e 70 Anos da DUDH [recurso eletrônico] / Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

846 p.

ISBN - 978-85-5696-561-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Direitos Humanos; 3. Direitos Fundamentais; 4. Tecnologia; 5. Inovação; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| <b>Prefácio .....</b> | <b>13</b> |
| Ingo Wolfgang Sarlet  |           |

## Primeira parte

### XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais

#### I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão

|                                                                                         |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1.....</b>                                                                           | <b>21</b> |
| <b>A educação para pessoas com deficiência sob o viés do princípio da solidariedade</b> |           |
| Priscila de Freitas; Érica Veiga Alves                                                  |           |

|                                                                                                                                                                           |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>2 .....</b>                                                                                                                                                            | <b>41</b> |
| <b>O princípio da solidariedade como ferramenta de concretização do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência através da observância do desenho universal</b> |           |
| Bárbara Michele Morais Kunde; Lisandra Inês Metz                                                                                                                          |           |

#### II - Direitos fundamentais na perspectiva processual civil

|                                                                                                              |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>3 .....</b>                                                                                               | <b>63</b> |
| <b>O direito fundamental à eficiência sob o aspecto da tutela provisória: uma visão do processo coletivo</b> |           |
| Hannah Pereira Alff; Micaela Linke                                                                           |           |

#### III - Direitos fundamentais e as relações de trabalho

|                                                                                                                                        |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>4 .....</b>                                                                                                                         | <b>91</b>  |
| <b>Notas sobre os influxos da revolução informacional nas relações de trabalho</b>                                                     |            |
| José Guimarães Mendes Neto; Manuela Ithamar Lima                                                                                       |            |
| <b>5 .....</b>                                                                                                                         | <b>111</b> |
| <b>Resilição do contrato de trabalho por mútuo acordo e a (in)constitucionalidade do pagamento à metade do aviso prévio indenizado</b> |            |
| Diego Sena Bello; Fernando Augusto Melo Colussi                                                                                        |            |

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.....                                                                                                                                               | 133 |
| <b>Trabalho infantil e ciclo intergeracional da pobreza sob a ótica da teoria da proteção integral instituída com a Constituição Federal de 1988</b> |     |
| Maria Victória Pasquoto de Freitas; Rafael Bueno da Rosa Moreira                                                                                     |     |

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.....                                                                 | 155 |
| <b>O trabalho infantil e o princípio da dignidade da pessoa humana</b> |     |
| Higor Neves de Freitas; Marcus Gabriel Nunes Quintana                  |     |

#### IV - Direitos fundamentais e bioética

|                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.....                                                                                                                                  | 179 |
| <b>ODS 3, epigenética e sustentabilidade multidimensional: análise sobre o direito à saúde e qualidade de vida das gerações futuras</b> |     |
| Tomlyta Luz Velasquez                                                                                                                   |     |

#### V - Direitos fundamentais na perspectiva do direito penal

|                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 9.....                                                                                                                                                                     | 201 |
| <b><i>Three strikes and you're out</i>: a influência do direito estadunidense no tratamento concebido aos crimes hediondos brasileiros à luz dos direitos fundamentais</b> |     |
| Roberta Eggert Poll; Aline Pires de Souza Machado de Castilhos                                                                                                             |     |

#### VI - Tópicos atuais e polêmicos de direitos e deveres fundamentais

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 10 .....                                                                                     | 223 |
| <b>Judicialização da saúde e STF: o fornecimento de medicamentos sem registros na anvisa</b> |     |
| Anderson Carlos Bosa; Rosana Helena Maas                                                     |     |

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 11 .....                                                                        | 245 |
| <b>Teoria dos deveres fundamentais na perspectiva constitucional brasileira</b> |     |
| Marco Antônio Preis; José Francisco Dias da Costa Lyra                          |     |

|                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 12.....                                                                                                                                      | 269 |
| <b>A interdependência dos direitos humanos e a democracia: direitos de resistência como a primeira barreira contra a ameaça à democracia</b> |     |
| Renato Younes Quatrin                                                                                                                        |     |

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 13.....                                                                                      | 295 |
| <b>Discurso de ódio: o critério decisório norte-americano e sua aplicabilidade no Brasil</b> |     |
| Marcelo Garcia da Cunha                                                                      |     |

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 14 .....                                                                                                                   | 313 |
| <b>O Supremo Tribunal Federal aberto ao diálogo: o constitucionalismo popular mediado e a deliberação entre os poderes</b> |     |
| Ítalo César Ribeiro de Lima; Amanda Costa Thomé Travincas                                                                  |     |

## Segunda parte

### V Seminário Internacional de Direito, Tecnologia e Inovação

#### I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 15.....                                                                                           | 343 |
| <b>A hashtag “pra cego ver” e a inclusão de pessoas com deficiência visual nas mídias sociais</b> |     |
| Jorge Renato dos Reis; Priscila de Freitas                                                        |     |

#### II - Direitos fundamentais na perspectiva do direito do consumidor

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 16.....                                                                                                     | 365 |
| <b>A obsolescência planejada de telefones móveis e o desrespeito ao direito de informação do consumidor</b> |     |
| Camila Possan de Oliveira                                                                                   |     |

#### III - Direitos fundamentais, *big data* e proteção de dados

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 17.....                                                                           | 387 |
| <b>Cadastro ambiental rural, acesso à informação e proteção de dados pessoais</b> |     |
| Augusto Antônio Fontanive Leal                                                    |     |

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 18 .....                                                                                                                                    | 407 |
| <b>Comercialização de big data e direitos fundamentais: um novo desafio para a temática de empresas e direitos humanos dos consumidores</b> |     |
| Dezyree Rodrigues da Rosa; Guilherme Mucelin                                                                                                |     |

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| 19.....                                                         | 425 |
| <b>O novo regulamento europeu de proteção de dados pessoais</b> |     |
| Caroline M. Lima Gulate; Gabriela Pandolfo Coelho Glitz         |     |

#### IV - Direitos fundamentais na responsabilidade civil e penal

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 20.....                                                                                                         | 449 |
| <b>Nexo causal: “calcanhar de aquiles” da responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil e em Portugal</b> |     |
| Marcia Andrea Bühring                                                                                           |     |



|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 21.....                                                               | 477 |
| <b>Os crimes de lavagem de dinheiro através da tecnologia bitcoin</b> |     |
| Catharine Black Lipp João                                             |     |

## **V - Direitos fundamentais no direito internacional**

|                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 22.....                                                                                                                                                   | 501 |
| <b>Proteção de grupos em situação de vulnerabilidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: os posicionamentos da corte de San José à questão</b> |     |
| Maria Valentina de Moraes; Victória Scherer de Oliveira                                                                                                   |     |

### **Terceira parte**

#### **Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais**

#### **I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão**

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 23.....                                                                                    | 525 |
| <b>Direito e educação inclusiva: a tecnologia assistiva para a pessoas com deficiência</b> |     |
| Jane Porto; Kelly Gianezini                                                                |     |

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 24.....                                                                                                                 | 557 |
| <b>Proteção estatal, informação e a capacidade das pessoas com deficiência na perspectiva dos Direitos Fundamentais</b> |     |
| Alexandre Barbosa da Silva; Phillip Gil França                                                                          |     |

#### **II - Direitos fundamentais, ciência, tecnologia e inovação**

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 25.....                                                                                                                 | 589 |
| <b>A proteção do Estado às práticas de terror e a violação de direitos fundamentais na rede mundial de computadores</b> |     |
| Alice Martins Costa Kessler da Silveira                                                                                 |     |

|                                                                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 26.....                                                                                                                                                                                                        | 631 |
| <b>Há um direito de negar a utilização de recursos tecnológicos na prática do ensino superior? Notas acerca da extensão do direito fundamental à liberdade de ensinar no tocante às escolhas metodológicas</b> |     |
| Amanda Costa Thomé Travincas; Lana Gabriela Mendes                                                                                                                                                             |     |

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| 27.....                                                | 659 |
| <b>Avanços tecnológicos e a proteção do consumidor</b> |     |
| Luiza Kremer Cauduro                                   |     |

|                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 28.....                                                                                                                                                                               | 679 |
| <b>Projeto genoma humano, Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e declarações internacionais: uma análise sob a luz da tutela da intimidade genética</b>               |     |
| Fabricio Vieira da Cunha                                                                                                                                                              |     |
| 29.....                                                                                                                                                                               | 699 |
| <b>Novas tecnologias e o direito tributário: o domicílio tributário eletrônico</b>                                                                                                    |     |
| Euzébio Henzel Antunes                                                                                                                                                                |     |
| 30.....                                                                                                                                                                               | 721 |
| <b>Os direitos fundamentais dos empresários, trabalhadores e contribuintes em geral na era das obrigações e dos cruzamentos fiscais com uso intensivo da tecnologia da informação</b> |     |
| Carlos Antonio Souza Villela                                                                                                                                                          |     |

### **III - Direitos fundamentais, privacidade e expressão**

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 31.....                                                                                                                    | 747 |
| <b>Direitos fundamentais e mídia: o abuso midiático nas investigações policiais</b>                                        |     |
| Alexandre Weihrauch Pedro                                                                                                  |     |
| 32.....                                                                                                                    | 779 |
| <b>Berntein vs United States Department of State et al.: linguagem em código e liberdade de expressão</b>                  |     |
| Bruno Schmitt Morassutti                                                                                                   |     |
| 33.....                                                                                                                    | 797 |
| <b>O interesse público na lei de acesso à informação: conflito entre a privacidade individual e o direito à informação</b> |     |
| Tuiskon Bejarano Haab; Guilherme Bertotto Barth                                                                            |     |
| 34.....                                                                                                                    | 821 |
| <b>O direito ao esquecimento na perspectiva dos direitos fundamentais</b>                                                  |     |
| Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk                                                                                              |     |



## **Prefácio**

*Ingo Wolfgang Sarlet*<sup>1</sup>

A obra que tenho a honra e o privilégio de coordenar e prefaciар destaca-se por várias razões. Cuida-se da reunião e sistematização de trabalhos resultantes das comunicações científicas realizadas por discentes de Mestrado e Doutorado, assim como alunos bolsistas de Iniciação Científica, por ocasião do V Seminário Internacional de Direito, Tecnologia e Inovação ocorrido nos dias 29 de maio e 4 e 5 de junho de 2018 e do XV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, dedicado aos Direitos Humanos e Fundamentais aos 30 anos da Constituição Federal de 05.10.1988 e da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 10.12.1948, realizado de 19 a 21 de novembro de 2018.

No que diz com o V Seminário Internacional de Direito, Tecnologia e Inovação mais uma vez, a exemplo das edições anteriores, pudemos contar com painéis e conferências realizadas por destacados acadêmicos e sobre relevantes temas, como se pode facilmente perceber pelos temas e nomes dos conferencistas do evento: O direito autoral português: uma garantia e dignidade dos criadores na era digital (Profa. Dra. Cristina Maria de Gouveia Caldeira, Lisboa); Direitos da personalidade e herança digital (Profa. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Uniritter); Direitos autorais na sociedade de informação (Prof. Dr. Gonzaga Adolfo, UNISC); Free expression principles and regulating the new social media (Prof. Dr. Mark Tushnet, Harvard Law School); Direitos fundamentais na era digital (Prof. Dr. César Rodrigo Landa Arroyo, PUC-Lima); Reflexões pós-panópticas sobre vigilância e consumo na sociedade da classificação (Prof. Dr. Marco Aurélio Cruz,

---

<sup>1</sup> Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS

UNOESC); La información en la era de Internet, el caso de las fake news (Prof. Dr. Miguel José Arjona Sánchez, Granada); Pessoa como sujeitos de direitos na sociedade de informação (Profa. Dra. Cristina Pezella, UNOESC); Brasil: o projeto de lei de proteção de dados (Prof. Dr. Danilo Doneda, IDP); O direito à saúde na Alemanha (Prof. Dra. Astrid Wallrabenstein, Universidade de Frankfurt); Aspectos essenciais, novidades e impacto do novo regulamento europeu de proteção de dados (Prof. Dra. Indra Spiecker, Universidade de Frankfurt); Violação de direitos humanos por empresas de tecnologia (Prof. Dra. Danielle Anne Pamplona, PUCPR); Direitos fundamentais em tempo de robótica (Profa. Dra. Maria Claudia Cachapuz, UFRGS e UNILASSALLE); Autodeterminação e o Projeto de Lei de Proteção de Dados no Brasil (Prof. Dr. Fabiano Mencke, UFRGS); Big Data e democracia (Prof. Dr. Eduardo Faria Silva, Universidade Positivo).

Por sua vez, na sua XV edição, a qual contou com o fomento para eventos da CAPES (Edital nº 09/2018) e do CNPq (Chamada nº 06/2018) o Seminário Internacional de Direitos Fundamentais contou com os painéis e conferências que seguem: 30 anos da Constituição Federal: a República que ainda não foi (Prof. Dr. Luís Roberto Barroso - Ministro do STF - UNICEUB e UERJ); The general importance of the Universal Declaration of Human Rights (Prof. Dr. Brian Lepard, Nebraska); Proteção de grupos em situação de vulnerabilidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Profa. Dra. Mônia Clarissa H. Leal, UNISC); O direito humano de segurança social: do projeto constituinte à Agenda 2030 (Prof. Dr. Carlos Luís Strapazzon, UNOESC/POSITIVO); Procriação medicamente assistida e Constituição: diálogo com Moacyr Scliar por ocasião dos trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil (Prof. Dr. João Loureiro, Universidade de Coimbra); A proteção do consumidor como direito humano e fundamental (Profa. Dra. Claudia Lima Marques, UFRGS); Liberdade religiosa: os 30 anos da Constituição e 70 anos da declaração da ONU (Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto, Unilassale); A garantia da presunção de inocência como direito humano e fundamental (Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho, UNB e UNDB); Do direito soft ao direito hard

em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos (Profa. Dra. Jânia Saldanha, UFSM); 70 anos da Declaração de Direitos Humanos da ONU: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano (Profa. Dra. Gina Pompeu, UNIFOR); Declaração universal de direitos humanos: um documento internacional com valor jurídico vinculante? (Prof. Dr. Elias Grossmann, PUCRS); Deveres humanos e fundamentais (Prof. Dr. Casalta Nabais, Universidade de Coimbra); Políticas públicas e a judicialização da saúde (Prof. Dr. Anízio Gavião Filho, FMP); A tolerância como elemento estruturante da liberdade (Prof. Dr. Flávio Pansieri, ABDCONST e PUCPRS); Desafíos y tendencias de la teoría de los derechos fundamentales para la protección del ambiente como bien común (Prof. Dr. Pablo Lorenzetti, UBA); A new paradigm in constitutional law – human dignity (Prof. Dr. Dieter Grimm, Berlim); Migration and human rights (Prof. Dr. Markus Kotzur, Hamburgo); German Constitution and conflicting concepts of a good life (Prof. Dr. Martin Nettesheim, Tübingen).

Tal nominata e temário, dão sequência à tradição de excelência do Seminário Internacional de Direitos Fundamentais ao longo de sua trajetória desde a primeira edição. Apenas para ilustrar com os convidados estrangeiros dos seminários anteriores, seguem alguns nomes, em lista não completa, que deixaram sua marca indelével para o histórico do evento: Peter Häberle (Bayreuth, Alemanha), Dieter Grimm (Berlim, Alemanha/Yale, EUA), Winfried Brugger (Heidelberg, Alemanha), Stephan Kirste (Salzburg, Áustria), Miguel Carbonell (México), Rodrigo Uprimny (Colômbia), Rodolfo Arango (Colômbia), Jónatas Machado (Coimbra, Portugal), Paulo Mota Pinto (Coimbra, Portugal), José Joaquim Gomes Canotilho (Coimbra, Portugal), José Carlos Vieira de Andrade (Coimbra, Portugal), Mark Tushnet (Harvard, EUA), Frank Michelman (Harvard, EUA), James Salzman (Duke University, EUA), Daniel Farber (Berkeley, EUA), Ockert Dupper (Stellenbosh-África do Sul e OIT, Genebra), Marius Olivier (Austrália e África do Sul), Avinash Govinda (Cidade do Cabo, África do Sul), Miguel Linera (Oviedo, Espanha), Francisco Balaguer Callejón (Granada,

Espanha), Jose Maria Porras Ramirez (Granada, Espanha), Miguel Azpitarte (Granada, Espanha), Paolo Ridola (La Sapienza, Roma), Ângelo Schilacci (La Sapienza, Roma), Jörg Luther (Piemonte, Itália), Ulrich Becker (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Bernd Baron von Maydell (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Bernd Schulte (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Alexander Graser (Regensburg, Alemanha), Jeff van Langendonk (Leuven, Bélgica), Christian Starck (Göttingen, Alemanha).

Voltando-nos agora para a presente obra coletiva, o que aqui se sublinha é que ela não inclui os textos das conferências ministradas pelos professores que participaram dos eventos, mas sim, dedica-se a acolher e dar voz e espaço para os discentes de Mestrado e Doutorado, assim como bolsistas de Iniciação Científica, que participaram das sessões destinadas às comunicações científicas, bem como aos integrantes do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF).

Já a riqueza do temário (que se evidencia mediante simples leitura do sumário da obra) e a aderência aos temas da programação dos Seminários, ademais de terem sido todos os trabalhos defendidos perante banca de avaliação integrada por docentes da PUCRS e convidados externos (maioria) revela a seriedade da proposta. A qualidade dos textos, considerando tratar-se de produção discente, também surpreende positivamente, revelando uma capacidade efetiva dos alunos de contribuir para um diálogo acadêmico sério e comprometido sobre os temas versados.

Assim, reitero a minha alegria em poder agora prefaciá-la esta obra, com a esperança de que seja bem acolhida e difundida, bem como aproveito para manifestar publicamente minha gratidão a todos os que deram o seu contributo para o sucesso do XV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais e do V Seminário Internacional de Direito, Tecnologia e Inovação.

Porto Alegre, 04 de maio de 2019.

**Primeira parte**

**XIV Seminário Internacional de Direitos  
Fundamentais**





## **I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão**



## A educação para pessoas com deficiência sob o viés do princípio da solidariedade <sup>1</sup>

*Priscila de Freitas* <sup>2</sup>

*Érica Veiga Alves* <sup>3</sup>

### 1. Introdução.

A sociedade brasileira vem passando por diversas discussões acerca da inclusão das pessoas com deficiência, principalmente após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015 e as diversas modificações que tal lei trouxe, principalmente no campo da capacidade civil.

A questão da inclusão das crianças e adolescentes nas escolas também é temática pertinente, no momento em que se busca a igualdade de tratamento e o não preconceito para com estas. A temática da inclusão escolar começou a ganhar campo com a

---

<sup>1</sup> "O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 "This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001".

<sup>2</sup> Mestre em Direito no Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES. Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral - IRIB/UNISC. Pós-Graduada em Novo Código de Processo Civil – ENA/UNISC, Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil – EBRADI e Docência no Ensino Superior - UNICESUMAR. Graduada em Direito pela UNISC. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado”, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Advogada. E-mail: pri\_freitas02@hotmail.com.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado”, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. E-mail: veigalves@yahoo.com.br

ratificação pelo Brasil a Convenção Americana sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tornando-se mais explícita, posteriormente, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Deste modo, o presente estudo visa analisar se o direito à educação, previsto no Capítulo IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ser considerado como um meio de efetivar o princípio da solidariedade, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. A temática reflete sua importância e relevância tendo em vista que o Estatuto trouxe novamente à pauta a questão da educação das pessoas com deficiência, inovando os instrumentos educacionais a fim de que se busque uma educação inclusiva e não mais apartada, como se via no modelo tradicional.

A fim de responder ao questionamento proposto será abordado, num primeiro momento, a máxima da dignidade da pessoa humana e o princípio constitucional da solidariedade, passando para o direito à educação da pessoa com deficiência de maneira inclusiva, e por fim, a análise do princípio da solidariedade em um caso prático, a fim de verificar a problemática no caso concreto. O método utilizado na presente pesquisa foi o método hipotético-dedutivo, que se resume na construção de hipóteses, que devem ser testadas nos mais diversos métodos.

O método hipotético-dedutivo foi concretizado pelo teste de duas hipóteses, sendo a primeira positiva, de modo que o direito à educação, previsto no Capítulo IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ser um efetivador do princípio da solidariedade, e conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana e segunda negativa, de modo a não ser considerado como uma efetivação do princípio constitucional.

## **2. A dignidade da pessoa humana e sua expressão através do princípio da solidariedade**

A dignidade da pessoa humana passou, ao longo dos anos, por diversas teorias, sendo sua origem considerada como remota à

Igreja Católica, Iluminismo e definições de diversos filósofos. Importa, ao presente trabalho abordar sobre a definição jurídica da dignidade da pessoa humana e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, primeiramente, apresenta-se um retrospecto histórico do momento em que a máxima da dignidade passou a ser adotada pelos constituintes a fim de que passasse a integrar a Constituição Brasileira de 1988.

A primeira menção ao valor da dignidade humana, de forma explícita, ocorreu no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, em 1848, que afirmava que a escravidão era um atentado à dignidade humana. Algumas constituições, antes da Segunda Guerra Mundial, faziam menção à dignidade, tais como a do México de 1917, Alemanha e Finlândia em 1919. A Constituição brasileira de 1934 também trazia a figura da dignidade em seu artigo 115, ao afirmar que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça às necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (SARMENTO, 2016, p. 53).

No entanto, pode-se referir que a positivação propriamente dita da dignidade da pessoa humana em âmbito internacional e constitucional passou a ganhar força após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades ocorridas neste período (SARMENTO, 2006, p. 88).

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignorância que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explosões aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos (COMPARATO, 2003, p. 37).

A Declaração Universal de 1948 representou o ápice de um processo ético iniciado com as Declarações dos Estados Unidos e da

Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, da Revolução Francesa, de modo a levar o reconhecimento da igualdade de todo ser humano em sua dignidade “[...] como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento [...]” (COMPARATO, 2003, p. 225).

Sagan (1998, p. 226) refere que o século XX foi marcado por colapsos de monarquias e impérios, além da ascensão de democracias, ditaduras ideológicas e militares. Faz menção aos grupos que passaram a ser exterminados pelos nazistas: judeus, homossexuais, socialistas, deficientes físicos e as pessoas de origem africana. Bonavides (2008, p. 575) deixa clara a situação da sociedade diante da violação de direitos humanos ao dizer que:

[...] os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.

Como resposta a todas as atrocidades provenientes da Segunda Guerra Mundial, tem-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo primeiro a afirmação de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Dessa forma, reflete Bonavides (2008, p. 578) ao afirmar que tal Declaração é o estatuto de liberdade de todos os povos, sendo a esperança de promoção de respeito à dignidade do ser humano, sem distinção.

A Constituição italiana, de 1947 e a alemã de 1949 passaram a abarcar o princípio da dignidade, sendo este posteriormente inserido nas Constituições de outros países. O princípio apresenta-se em um duplo sentido, sendo um limite para o poder público não atentar

contra ele e, sendo um norte para a conduta estatal, de modo a impor que as autoridades públicas ajam no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da pessoa humana, devendo assegurar condições mínimas para a vida com dignidade (SARMENTO, 2006, p. 89).

Moraes (2009, p. 83) menciona as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978) que, após períodos de ditadura e República franquista, respectivamente, adotaram o princípio da dignidade em seus valores e fundamentos, estando presente no artigo primeiro de ambas. Miranda (2002, p. 141) refere que esta Constituição portuguesa é um documento muito preocupado com os direitos fundamentais dos cidadãos e trabalhadores e com a divisão do poder. O documento “[...] procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efectiva(sic.), participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia” (MIRANDA, 2002, p. 141).

No âmbito brasileiro, a Constituição de 1988 foi a primeira a apresentar a dignidade da pessoa humana como máxima. Porém, diante do já exposto, não se trata de uma inovação brasileira em relação direito constitucional internacional. (SARLET, 2009, p. 97).

Desta maneira, pode-se depreender que neste âmbito principiológico constitucional a dignidade da pessoa humana é um supraprincípio, ou seja, ela é o fundamento maior do constitucionalismo brasileiro. (REIS; DIAS, 2011, p. 72-73). Assim, “A dignidade humana já não é uma aquisição do assim chamado direito natural, mas é elemento constitutivo e caracterizante do direito positivo, uma vez que a Constituição é lei e é lei antes de qualquer outra coisa”. (PERLINGIERI, 2008, p. 05)

Mais importante que a revogação explícita de certas normas, foi a mudança (radical) de orientação que a CF/88 impôs em relação aos institutos de direito privado, que refletindo ainda os ideais liberal-individualistas do apogeu da ordem jurídica burguesa, entraram em flagrante contradição como quadro valorativo da nova ordem constitucional, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social (ARAUJO, 2005, p. 335).



“A sociedade de risco que atualmente está-se inserido tem que pelo menos possibilitar uma abertura do pensamento de modo a viabilizar a compreensão do que é pertencer em um Estado Democrático de Direito” (REIS, KONRAD, 2015, p. 22). E com o advento do constitucionalismo contemporâneo, o constituinte originário introduziu a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social nos seus artigos 1º e 3º<sup>4</sup>. Ainda pode-se considerar que “há uma outra finalidade a ser atingida: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais” (MORAES, 2009, p. 110).

Na Constituição brasileira, o legislador constituinte inovou a acrescentar o princípio jurídico da solidariedade, devendo o mesmo ser aplicado tanto na elaboração da legislação ordinária, execução de políticas públicas e momentos de interpretação e aplicação do direito, por todos os membros da sociedade (MORAES, 2009, p. 110).

Não obstante, cumpre ressaltar que o princípio da solidariedade é resultante de movimentos sociais intrínsecos no texto constitucional, movimentos esses resultantes da evolução social em que a sociedade deixa de ser individualista e patrimonialista e passa a ver o ser com um ser de direitos e desta forma, pode-se dizer que “a solidariedade é fato social, inerente ao homem em sociedade, virtude ética, fundada na alteridade e na justa conduta, resultado da consciência moral e da boa-fé” (OLIVEIRA, 2014, p. 15).

Logo, no artigo 3º da Constituição Federal, são invocados os fundamentos da solidariedade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Nesse sentido o princípio da solidariedade está explícito no texto constitucional, entretanto, ele também está abarcado dentro da dignidade da pessoa humana. Ou seja, sempre quando se

---

<sup>4</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios 21 e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

[...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

pensar em solidariedade como princípio, deve-se ter como a dignidade como um princípio maior abarcando-a.

Não obstante, a solidariedade abarca vários significados, dentre eles é considerada inerente à condição humana, uma virtude ética, empática de reconhecer o outro, semelhante a si ou não. Também, pode ser considerada além de um princípio moral, uma norma jurídica, como forma de instrumento a garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, efetivando o texto constitucional. (MORAES, 2006, p. 179).

Deste modo, deixa-se claro que solidariedade serve como um meio para garantir a concretização da dignidade da pessoa humana. Diante de tal perspectiva, analisa-se no presente trabalho se o direito fundamental à educação para as pessoas com deficiência pode ser considerado como um meio de efetivar a solidariedade e, conseqüentemente, a dignidade de tais pessoas.

### **3. O direito à educação da pessoa com deficiência**

A educação de pessoas com deficiência é uma temática pertinente na sociedade brasileira e que vem causando frequentes inquietações com a proposta de educação inclusiva que vem sendo aplicada atualmente.

Assis (2016, p. 66) refere como marco inicial para falar-se de educação inclusiva a Conferência Mundial de Educação para Todos, realizada em 1990. Neste marco passou-se a ruptura do paradigma de integração que se moldava aos padrões de normalidade e prejudicava o desenvolvimento do sujeito como sujeito social. A inclusão tornou-se o caminho para uma mudança radical das práticas sociais da época.

Após esse primeiro marco, diversos movimentos sociais passaram a criar instrumentos nacionais e internacionais para que ocorresse a estruturação de políticas que visassem a melhoria de qualidade de vida para essas pessoas. Merece destaque a Declaração de Viena/Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos

Humanos de 1993, que em seu texto legal ressaltava a necessidade de dar atenção especial às pessoas com deficiência, buscando assegurar um tratamento não discriminatório e de forma igual aos demais (ASSIS, 2016, p. 66).

Em 1994 ocorreu nova conferência em Salamanca, Espanha, onde houve a elaboração da Declaração de Salamanca, na qual os países signatários ratificaram o compromisso de minimizar os efeitos de dependência e exclusão das pessoas com deficiência. Desse modo os países se dispuseram a criar políticas públicas para democratizar o direito à educação e a reestruturação do sistema de ensino, a fim de atender as pessoas com deficiência (ASSIS, 2016, p. 67).

Tais conferências ocasionaram a alteração da perspectiva de integração para inclusão, onde a inclusão consiste como sendo

[...] o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos (SASSAKI, 1997, p. 41).

Nos princípios gerais da Convenção consta a plena e efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade, de modo que os Estados signatários assumem a responsabilidade de tomar medidas efetivas para possibilitar o gozo dos direitos de tais membros da sociedade.

A iniciativa tomada pelo Brasil veio na redação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, onde passou a assumir diversos princípios relacionados com a temática. Importante mencionar que no artigo segundo<sup>5</sup> desta lei consta que

---

<sup>5</sup> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

a educação se inspira nos princípios da liberdade e da solidariedade humana, indo ao encontro da proposta do presente trabalho.

Assis (2016, p. 67) refere que diante das políticas públicas educacionais que têm sido criadas pelo Estado brasileiro há a busca pela consolidação de reprodução de práticas inclusivas para a convivência e trabalho, possibilitando que pessoas com deficiência tivessem acesso a escolarização e profissionalização, alcançando conclusão inclusive de cursos superiores e de pós-graduação em níveis de mestrado e doutorado.

Em 2008, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU, bem como seu Protocolo Facultativo. O documento obteve, assim, equivalência de emenda constitucional. A Convenção ensejou a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015, a qual trouxe diversas discussões no país com a sua promulgação em relação à questão da capacidade civil.

Apesar das discussões nesse sentido, o Estatuto serve como um guia para todos os assuntos pertinentes à pessoa com deficiência e, não diferente, no mesmo consta assegurado o direito fundamental à educação. O Estatuto refere como dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles a educação, e apresenta um capítulo exclusivo sobre a temática. Na forma do artigo 27 consta expressamente, como assegurado o sistema educacional inclusivo<sup>6</sup>.

Merece ser correlacionada com a solidariedade a ideia de educação inclusiva, pois é através de escolas inclusivas que as pessoas passam a ter contato com o diferente.

---

<sup>6</sup> Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Educação inclusiva é aquela que apoia e acolhe a diversidade entre os estudantes. Seu objetivo é eliminar a exclusão social, que é consequência de atitudes e respostas à diversidade de raça, classe social, etnia, religião, gênero e habilidade. Dessa forma, a inclusão começa a partir da crença que a educação é um direito humano básico, fundamento para uma sociedade mais justa e deve contemplar todas as crianças, não obstante as suas características individuais (FERREIRA, 2016, p. 153).

Desta forma, a educação inclusiva colabora para que as diferenças não sejam mais vistas com olhares preconceituosos e sim sejam abordadas como situações normais, que ocorrem com as pessoas. A educação inclusiva pode ser considerada como uma efetivação da solidariedade, tendo em vista que as crianças e os jovens aprenderão, ainda, a auxiliar seus colegas em suas necessidades. O resultado pode demorar a ser visualizado, porém, a semente está plantada.

Importa ressaltar que não é apenas com a inclusão do aluno com deficiência na escola que se efetivará a sua educação inclusiva. São necessários meios a serem desenvolvidos para que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à educação. Tais instrumentos consistem em transporte adaptado; escolas sem barreiras arquitetônicas; qualificação de funcionários para capacitá-los para atender as diversas necessidades dos alunos; capacitação do corpo docente, assim como realização de atividades de sensibilização e conscientização, a fim de buscar eliminar preconceitos, estigmas e estereótipos, além de estimular a convivência com alunos com as mais diversas características (FERREIRA, 2016, p. 155).

Em âmbito nacional, as pessoas com deficiência se encontram em um quadro de grande desigualdade social e muitas vivendo à margem da sociedade. E nesse sentido, a implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência materializando o direito fundamental à educação dessas pessoas passa a garantir-lhes uma maior qualidade de vida e desenvolvimento pessoal e intelectual.

Entretanto, é preciso que haja a concretização do texto legal, de forma que transforme o disposto no Estatuto em ações efetivas que garantam a essas pessoas o acesso à informação, comunicação, leitura para que haja de fato uma política de inclusão social de forma que garanta o efetivo acesso à educação. (SILVA; LAZZARIN, 2017, p. 306)

E nessa seara, a educação inclusiva é “compreendida como um progresso de desenvolvimento social que executa uma aproximação dos diversos personagens, engajando-os na construção de uma sociedade que conceda oportunidades a todos” (ROOS, 2009, p. 14).

Assim, o Estatuto vem com o intuito de garantir atendimento especializado à pessoa com deficiência de forma a incluí-las na educação regular, para que, convivendo com pessoas sem deficiência e também com pessoas com deficiências diferentes da sua, possam se sentir de fato integradas à sociedade, pois somente assim a educação se concretiza como um caminho de transformação social.

#### **4. A educação inclusiva como possível meio efetivo do princípio da solidariedade no caso concreto**

Conforme mencionado acima, o direito à educação para pessoas com deficiência pode ser concretizado por intermédio do princípio da solidariedade. Ou seja, garantir que mesmo aqueles alunos que possuem algum tipo de deficiência tenham uma educação inclusiva, ou seja, tenham o direito de estudar em uma sala de aula com os demais alunos, é um direito fundamental, ou seja, em tese deveria ter eficácia plena.

Entretanto, verifica-se que no caso concreto, nem sempre é isto o que acontece, como mostra a jurisprudência infra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ementa: RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESCOLA DE ENSINO FUNDAMENTAL.

BULLYING. AGRESSÕES E HUMILHAÇÕES. MENOR COM SÍNDROME DE DOWN. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO CONFIGURADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. A Administração Pública responde objetivamente pelos danos advindos de atos ou omissões de seus agentes, contra terceiros, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal. No caso, restou comprovada a responsabilidade extracontratual do Estado, porquanto demonstrado o evento danoso, bem como o nexo causal com a omissão do ente público. Inegável a ocorrência de bullying contra o menor, tendo em vista que as provas documentais carreadas, bem como os depoimentos das testemunhas, demonstram, cabalmente, que este sofria agressões e humilhações de crianças mais velhas no ambiente escolar. Presente o dever do Estado de promover o bom convívio dos alunos matriculados nas escolas, bem como a inclusão social das pessoas com deficiência. Diante da omissão estatal e comprovado o nexo causal, resta caracterizado o dever de indenizar pelos danos extrapatrimoniais. Isto porque o dano moral é aquele que atinge o âmago de uma pessoa, os seus direitos de personalidade, de modo a causar dor, angústia, tristezas e sofrimentos, não se confundindo com os meros dissabores cotidianos. No entanto, o quantum indenizatório restou fixado em valor superdimensionado, merecendo redução, em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (BRASIL, 2013, < <http://www.tjrs.jus.br> >)

Neste caso concreto foi considerada a responsabilidade do município pelo dano moral causado ao aluno, que por ter síndrome de Down sofria bullying dos colegas. Ou seja, é responsabilidade do Estado garantir que o aluno com deficiência além dever ter uma educação inclusiva, além de ser protegido de qualquer tipo de discriminação por parte dos colegas.

A síndrome em tela, tem por característica de um cariótipo com um cromossomo a mais, chamada pelos cientistas de “trissomia do 21” (MATTOS; BELLANI, 2010, p. 53). Desde que a síndrome foi descoberta, foram usadas as mais diversas nomenclaturas – algumas extremamente pejorativas – como: imbecilidade

mongoloide, idiotia mongoloide, criança mal-acabada, criança inacabada, dentre outras. Mas, felizmente, a partir de 1965 a Organização Mundial de Saúde (OMS), passou a denominar a síndrome de SD, embora o termo mongolismo, infelizmente, seja usado chulamente na linguagem de algumas pessoas. (SILVA; DESSEN, 2002, p. 2).

Além da questão do preconceito sofrido por pessoas que possuem tal síndrome, crianças e jovens que a possuísem estudavam em centros a parte das escolas convencionais, centros conhecidos como Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE). Como mencionado acima, tais jovens encontravam-se em situação de total exclusão, ficando “nos bastidores sociais”.

A educação inclusiva vem para mudar tal realidade, de modo que tais pessoas passem a ser incluídos na sociedade como cidadãos de direito que realmente são. Ocorre que, mesmo diante de tais iniciativas, encontram-se entraves sociais, principalmente relacionados com comportamentos por parte daqueles tidos como “normais”.

E neste contexto, entra a questão do bullying, como ocorreu no caso concreto. A palavra bullying, que é de origem inglesa, significa toda violência verbal ou física que ocorre repetidas vezes, contra um grupo ou um sujeito específico. Ainda, o que diferencia o bullying dos demais tipos de violência é que ele é conhecido por causar traumas psíquicos nas vítimas, o que não ocorre nos outros tipos de violência que são ocasionais. (FANTE; PEDRA, 2008, p. 27).

E buscando coibir estas práticas abusivas, a Lei nº 9.394/1996, que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, foi alterada em 2018. Agora, no seu artigo 12, IX<sup>7</sup>, prevê que todos os estabelecimentos de ensino devem promover medidas de prevenção à violência, em especial o bullying.

---

<sup>7</sup> Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

IX - promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (**bullying**), no âmbito das escolas;



E nesse aspecto social, vale reflexão de Bobbio (1992, p. 61) sobre o homem:

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.

A escola é o primeiro espaço onde ocorre a sociabilidade e o desenvolvimento da própria identidade da pessoa. Acredita-se que com a educação inclusiva até mesmo a questão do preconceito irá diminuir, tendo em vista que as crianças passam a conviver com as crianças com deficiência desde pequenas, passando a não mais enxergá-las como estranhas, e sim como normais. Por isso a importância do Estado e da sociedade em geral em promover campanhas para erradicar tratativas ofensivas para estes alunos.

No caso em tela, pode-se analisar que o Estado foi responsabilizado pela ocorrência de situações inoportunas para com o aluno com Síndrome de Down, onde cabe ao mesmo fiscalizar e efetuar campanhas de responsabilização sobre a gravidade de tais atos.

A escola é considerada como um ambiente importante para a promoção e desenvolvimento da solidariedade, onde:

o diálogo, o agir comunicativo e a interação são instâncias sociais que possibilitam a reprodução da solidariedade e o estabelecimento de novos vínculos entre os diversos sujeitos, comunidades e sociedades. Se a [...] a solidariedade puder cumprir um papel de integração social, pode-se ver surgir uma efetiva demanda por formação. Isto é, sob o aspecto do desenvolvimento do ser humano e da sociedade, os processos formativos com vistas ao desenvolvimento da solidariedade consistem numa condição indispensável à própria existência humana (CASAGRANDE; BOUFLEUER, 2018, p. 140).

Refere-se que várias iniciativas vêm sendo tomadas pelo Governo Federal, tais como criação de salas de recursos

multifuncionais a partir do Plano Viver sem Limites; a garantia a educação inclusiva e reforços através de Atendimentos Educacionais Especializados (AEE), como um reforço escolar para auxiliar os alunos que possuem deficiência, transtornos de desenvolvimento, superdotados; transporte escolar adaptado; acessibilidade arquitetônica nas escolas; criação de cursos de LIBRAS; dentre outros ([www.pessoacomdeficiencia.gov.br](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br)).

Nota-se que o Estado brasileiro vem buscando melhores condições para as pessoas com deficiência, principalmente no que tange a educação das mesmas, tendo em vista que é a educação que transforma as pessoas em cidadãos e faz com que melhor se desenvolvam.

## **5. Conclusão**

Os resultados encontrados consistiram em uma confirmação da hipótese positiva, com ressalvas, através da qual o direito à educação inclusiva para as pessoas com deficiência pode ser considerado como um meio efetivo da solidariedade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Tais resultados consideram o fato de que, ao encontrar-se em um espaço comum pessoas com e sem deficiência, ambas aprenderão a conviver com as diferenças e buscarão um novo olhar sobre o diferente, sem o preconceito existente na atualidade. O caso concreto demonstra a ocorrência de práticas de bullying contra um aluno com Síndrome de Down, onde o Estado foi responsabilizado pela falta de fiscalização no caso em tela.

E nesse sentido foi considerado que no âmbito brasileiro, a Constituição de 1988 foi a primeira a apresentar a dignidade da pessoa humana como máxima. Porém, diante do já exposto, não se trata de uma inovação brasileira em relação direito constitucional internacional. Assim, o legislador constituinte inovou a acrescentar o princípio jurídico da solidariedade, devendo o mesmo ser aplicado na execução de políticas públicas para que o princípio da

solidariedade, e consequentemente da dignidade da pessoa humana seja concretizado.

E por conseguinte, o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio como resposta jurídica para garantir que pessoas portadoras de deficiência tivessem uma educação de fato inclusiva. O estatuto é consequência do processo de constitucionalização do direito privado, o qual deixa de ter um cunho patrimonialista e individualista passa a ter uma função social.

Assim, pode-se depreender que o Estatuto é uma forma de concretizar o princípio da solidariedade e garantir o direito fundamental da educação para todos, deficientes ou não, para que convivam harmonicamente e de forma inclusiva.

Entretanto, a hipótese de pesquisa apresentada se confirma parcialmente, pois como foi visto no caso concreto, ainda há muitos casos de exclusão social e inclusive de bullying. Infelizmente o Estatuto veio como uma resposta jurídica para este problema, mas ele sozinho não cumpre seu papel.

Tal caso é que reforça a ressalva do resultado a partir da hipótese positiva, pois ainda encontram-se muitos entraves para uma concretização plena da efetividade da educação inclusiva, que consiste em barreiras atitudinais, sendo estas últimas ligadas com os pré-conceitos acerca da pessoa com deficiência.

## Referências

- ARAÚJO, José Carlos Evangelista. Dialética da reconciliação: a evolução do direito privado e do direito público do apogeu da ordem liberal até a consolidação do Estado Social de Direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n 5, jan/jun. 2005
- ASSIS, José Gabriel Antunes. *A pessoa com deficiência no serviço público: análise das condições de trabalho na Universidade Federal de Goiás – Regional Jataí*. 2016. 174 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Educação) - Universidade Federal de Goiás, Regional Jataí, 2016.

*Avanços das Políticas Públicas para as Pessoas com Deficiência* – Uma análise a partir das Conferências Nacionais. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-avancos-politicas-publicas-pcd.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho, 7ª Tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível nº 71004620498*. Relator: Luís Francisco Franco. Porto Alegre, RS, 28 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CASAGRANDE, C. A; BOUFLEUER, J. P. A educação e a tarefa de formação da cultura, da solidariedade e da personalidade. *Educação*. Porto Alegre, v. 41, p. 135-144, n. 1, jan-abr. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FANTE, C.; PEDRA, J. A. *Bullying escolar e respostas*. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Arts. 27 a 30. In: LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. da (Org.) *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 35-64.

MATTOS B. M.; BELLANI, C. D. F. A importância da estimulação precoce em bebês com síndrome de Down. *Revisão de literatura. Revista Brasileira de Terapia e Saúde*, v. 01, n. 01, p. 51- 63, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria Contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. In: Revista do Curso de Direito UNIFACS, n. 108, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/703/523>>. Acesso em: 31/01/20148.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

REIS, J. R. dos; DIAS, F. da V. *A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral*. In: REIS, J. R. dos; BOFF, S. O.; DIAS, F. da V.; PELLEGRINI, G. K. de F.; TOLOTTI, S. M. (Orgs.) *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, J. R. dos; KONRAD, L. R.. O Direito Fundamental à Solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015

ROOS, Ana Paula. Sobre a (in)governabilidade da diferença. In: LOPES, M. C; HATTGE, M. D. (Orgs). *Inclusão escolar: Conjunto de práticas que governam*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 13-32.

SAGAN, Carl. *Bilhões e bilhões: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.
- SILVA, H. de O.; LAZZARIN, F. A. Do Panorama de exclusão para a Construção de uma Sociedade Inclusiva: A Relevância do Uso das Tecnologias da Informação e Comunicação para as Pessoas com Deficiência. *Revista Gestão. Org*, v. 14, Edição Especial, 2016.
- SILVA, N. L. P.; DESSEN, M. A. Síndrome de Down: etiologia, caracterização e impacto na família. *Interação em Psicologia*, v. 06, n. 02, p. 167-176, 2002.



## **O princípio da solidariedade como ferramenta de concretização do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência através da observância do desenho universal\***

*Bárbara Michele Morais Kunde*<sup>1</sup>

*Lisandra Inês Metz*<sup>2</sup>

### **Introdução:**

Os direitos fundamentais sociais são inerentes à dignidade da pessoa humana e por esse motivo encontram sua força cogente através de dispositivos na Constituição Federal. As desigualdades e a discriminação em relação as pessoas com deficiência, fez com que políticas públicas, como a Convenção sobre o Direito das Pessoas

---

\* Este resumo é resultante das atividades do projeto de pesquisa vinculado ao Grupo de Pesquisas “Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado – Constitucionalização do Direito Privado” (CNPq) coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, com bolsa CAPES. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (bolsa Capes). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisas “Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado – Constitucionalização do Direito Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. E-mail: <barbarakunde@gmail.com>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/787901949765074>.

\* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Interseções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: <lisandra\_metz@hotmail.com>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3108215443687509>.



com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão fossem implementadas no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de rechaçá-las.

Dessa forma, faz-se relevante analisar a possibilidade de utilizar o princípio da solidariedade como ferramenta para garantir esses direitos às pessoas com deficiência no que tange a sua educação, através do desenho universal e também através da observância das normas de acessibilidade.

O presente estudo, dessa forma, analisará as barreiras existentes no processo de inclusão social das pessoas com deficiência no contexto do século XXI, assim como terá como base o princípio do desenho universal, o qual servirá como base para viabilizar a acessibilidade a esse direito fundamental social. Será discutida a seguinte problemática: o princípio da solidariedade, tendo o desenho universal como base, pode assegurar o acesso à educação de forma plena e, conseqüentemente incluir socialmente as pessoas com deficiência?

Com a finalidade de responder esse questionamento, o primeiro item deste trabalho traz um breve histórico, compreendido entre 1988 (CF), com informações relevantes quanto aos direitos fundamentais e a forma como os direitos fundamentais sociais das pessoas com deficiência foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro para que fossem tratados com prioridade.

Já segundo item, conceitua o princípio da solidariedade, assim como objetiva ilustrar a influência de sua aplicação nas relações entre as pessoas, uma vez que este tem como cerne a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ao associar esse princípio com os direitos sociais das pessoas com deficiência no âmbito da educação, se torna possível uma ressignificação da forma como estão inseridas na sociedade, afim de diminuir as barreiras existentes e concentrando-se em uma sociedade livre, justa e solidária, que visa o bem comum.

No terceiro item compatibiliza-se a ligação entre o princípio da solidariedade e do direito das pessoas com deficiência de acesso à educação, através do conceito de desenho universal e da aplicação

das normas de acessibilidade. Afinal, o desenho universal, encontra algumas dificuldades na sua aplicação em um plano real e, sendo assim, verifica-se a possibilidade de utilização do princípio da solidariedade como ferramenta para a efetivação desse direito.

A partir disso, a medida que cada indivíduo se responsabiliza por ações objetivando o bem comum e aplicando as diretrizes do desenho universal, naturalmente as pessoas com deficiência se sentem mais incluídas socialmente e, devido ao pleno uso de sua acessibilidade, tornam-se mais autônomas.

Por fim, o método utilizado como método de abordagem o dedutivo e a técnica de pesquisa volta-se ao estudo da documentação indireta, através de referências doutrinárias publicadas em documentos científicos, como obras doutrinárias, artigos, periódicos e revistas.

## **1 Os direitos fundamentais sociais das pessoas com deficiência e o conceito de desenho universal como instrumento de acessibilidade desses direitos**

O ordenamento jurídico brasileiro contém muitos dispositivos que asseguram os direitos das pessoas com deficiência e, como base utiliza-se a Constituição Federal de 1988, a qual dispõe, em seu artigo 6º, sobre os direitos sociais dos cidadãos brasileiros, tais como “ a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988, <https://www.planalto.gov.br>, grifo nosso).

Embora os direitos fundamentais sociais das pessoas com deficiência já estejam contemplados no art. 6º desde 1988, observam-se ainda práticas discriminatórias, acarretando, assim, em violência e, consequentemente em restrição da liberdade, autonomia e consequentemente da dignidade (FEMINELLA; LOPES, 2016, p.23).

Com o intuito de rechaçar as barreiras advindas da discriminação para/com pessoas com deficiência, o Brasil aderiu à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), sendo esta a única norma internacional ratificada que tem status de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, foi aprovada nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º da CF e passou a vigorar no país através do decreto nº 6.949, publicado no dia 25 de agosto de 2009.

A partir da incorporação da CDPD, as pessoas com deficiência começaram a ser mais inclusas socialmente, devido à significância tanto internacional como nacional que este documento representa. Destaca-se, também, a forma clara e inclusiva de sua redação, visto que, em seu preâmbulo, mais especificamente na alínea “e”, fica explícito que a deficiência se trata de um conceito em evolução e, que as barreiras existentes quanto ao ambiente e as atitudes das pessoas, de modo geral, inviabilizam a plena participação das pessoas com deficiência na sociedade, afim de obstar a oferta de oportunidades em igualdade aos demais (BRASIL, 2009, <http://www.planalto.gov.br>).

Tendo a Convenção *status* de emenda constitucional, percebe-se a relevância que os direitos das pessoas com deficiência passam a assumir no âmbito nacional após a adesão da mesma, demonstrando de forma expressa que os direitos fundamentais das pessoas com deficiência devem ser assegurados com prioridade, assim como sua dignidade, de modo que sejam incluídas na sociedade e lhes proporcionar o exercício da autonomia.

A CDPD, além de ter como objetivo assegurar os direitos fundamentais sociais já previstos na CF, tais como educação; e saúde, também deixou mais evidente as barreiras existentes quanto à acessibilidade das pessoas com deficiência aos seus direitos fundamentais e, a partir da identificação destas, foi possível reforçar a necessidade de que estes direitos lhe sejam assegurados e, conseqüentemente sua dignidade protegida.

Segundo Nunes (2010, p. 65), o princípio da dignidade da pessoa humana é um “supra princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais” e, por esse motivo, este deve ser obrigatoriamente considerado em todos os atos que necessitam de “interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”, ou seja, deverá servir como guia para assegurar a proteção dos direitos fundamentais, neste caso, das pessoas com deficiência (NUNES, 2010, p.65).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem vínculo direto com o princípio da acessibilidade, pois, a medida em que os direitos fundamentais se tornam acessíveis às pessoas com deficiência e são efetivados, a dignidade da pessoa humana naturalmente fica assegurada. Nesse sentido, a fim de garantir que todos tenham acesso aos direitos fundamentais, sem exceção, destaca-se o direito de acessibilidade da pessoa com deficiência, o qual é um dos princípios da Convenção e está presente na lista de princípios da Convenção, no artigo 3º. Além disso, o preâmbulo da Convenção menciona tal princípio elencado ao direito à educação na alínea “v”:

[...] reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, **à educação** e à informação e comunicação, para **possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais** (BRASIL, 2009, <http://www.planalto.gov.br/>, grifo nosso).

O princípio de acessibilidade, previsto no referido documento internacional, é essencial no processo de concretização dos direitos fundamentais sociais assegurados às pessoas com deficiência, de forma a incluí-las na sociedade e proteger sua dignidade. Por esse motivo, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI)/Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 6 de julho de 2015,

além de abranger todas as previsões já existentes na Convenção sobre o princípio, ampliou as garantias inerentes a ele.

Ainda que o princípio da acessibilidade seja essencial para assegurar os direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência e sua dignidade, em um plano real, não é suficiente para concretizar tal proteção prevista em lei.

Sendo assim, tanto a Convenção quanto o Estatuto, aludem ao conceito do desenho universal, o qual está definido no artigo 3º do Estatuto como: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva” (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Esse conceito também está presente em outros artigos da LBI, estabelecendo critérios para operacionalizar o direito à acessibilidade, mas mantendo-o como guia, deixando evidente a importância da formação de profissionais que executem de maneira correta as diretrizes do art. 3º da lei, a fim de proporcionar “o máximo de autonomia, segurança e conforto possíveis, para quem deles usufrui, com dignidade” (FEMINELLA; LOPES, 2016, p. 22).

Vale ressaltar que o desenho universal (DU), mesmo que presente na LBI e neste presente trabalho esteja recebendo o enfoque de garantir o máximo de autonomia e outros esteios mencionados acima, tem como objetivo central proporcionar isso não somente às pessoas com deficiência, mas sim a (des)necessidade de adaptação para a sociedade em geral, como por exemplo, para crianças e idosos também.

A ligação do conceito de desenho universal com o direito à acessibilidade se torna relevante no que tange à proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Afinal, uma vez adotando-se o desenho universal como “regra de caráter geral”, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 55 da LBI, este servirá como base para a aplicação das normas de acessibilidade e assegurará uma maior efetividade destes direitos.

Após compreender que o desenho universal serve como base/ponte para a aplicação do direito à acessibilidade das pessoas com deficiência, percebe-se que seu intuito é viabilizar oportunidades igualitárias na busca pela efetivação de seus direitos fundamentais sociais na busca pela inclusão social. O *caput* do art. 55 da LBI descreve, nesse sentido, como aplicá-lo na prática:

Art. 55. A concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade (BRASIL, 2015, <http://www.planalto.gov.br/>).

A aplicação do DU e das normas de acessibilidade em um meio físico, como mencionado acima, abrange não somente o ramo do Direito, mas também o da Arquitetura, por exemplo. Bernard e Kowaltowski (2005, p. 160), sustentam a ideia de que os projetos de arquitetura têm a função de minimizar as barreiras arquitetônicas, as quais inviabilizam o direito à acessibilidade.

Ainda, vale mencionar que a importância da aplicação do DU encontra-se no conforto e na acessibilidade que o meio físico planejado baseado em seus princípios em conjunto com as normas de acessibilidade proporcionam: autonomia para o usuário que usufrui ao realizar suas atividades cotidianas (BERNARD; KOWALTOWSKI, 2005, p. 155).

Percebe-se que ao implementar o DU como regra geral na concepção e planejamento no meio físico arquitetônico, não somente as pessoas com deficiência adquirem mais autonomia, como também a sociedade de modo geral, permitindo acesso à usuários de todas idades e habilidades, criando assim, um design universal de fato (COLEMAN et al, 2003, p. 12)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tradução livre do texto original.

Partindo desse pressuposto, passa-se a observar a aplicação do DU em outras áreas, tais como a educação, pois de acordo o parágrafo 3º do artigo 55 da LBI “caberá ao poder público promover a inclusão de conteúdos temáticos referentes ao desenho universal nas diretrizes curriculares da educação profissional e tecnológica e do ensino superior e na formação das carreiras de Estado” (BRASIL, 2015, <http://www.planalto.gov.br/>).

Nessa acepção, é possível fazer uma analogia com o artigo 8º da mesma lei, o qual determina que o Estado, a família e a sociedade deve assegurar com prioridade às pessoas com deficiência a efetivação de seus direitos referentes a educação – entre outros mencionados – com o parágrafo único do artigo 27, afinal, este, ainda menciona, quando refere se refere à garantia de uma educação de qualidade à pessoa com deficiência mais um responsável, a comunidade escolar.

Sendo assim, mesmo sendo imprescindível que o meio físico e equipamentos possibilitem a inclusão social das pessoas com deficiência, faz-se necessário também a observância de outros aspectos que compõem o DU, tais como a comunicação e informação, assim como sistemas e tecnologias de informação e comunicação, tendo em vista os efeitos do conceito do DU, se bem aplicados, podem acarretar na educação. Afinal, a educação é essencial na autonomia e no processo de inclusão da pessoa com deficiência, visto que:

[...] o papel que a educação desempenha para a formação integral do ser humano é inquestionável, porque ela pode contribuir para a formação da consciência crítica e, em consequência auxiliar o cidadão a conhecer e exigir respeito aos seus direitos, impedindo que, a em decorrência da ignorância, se estabeleça uma passividade que impede questionamentos e mantém velhos sistemas que violam normas de direitos humanos (ROSA; STURZA, 2009, p.116).

Todavia, a mudança de hábitos em uma sociedade ocorre aos poucos e implica em ações. Muitas vezes o que obsta a garantia dos direitos fundamentais sociais das pessoas com deficiência e sua inclusão são as desigualdades existentes na sociedade atual, cujos interesses de cunho individual são priorizados em detrimento aos de cunho coletivo, acarretando barreiras que limitam e as impedem de exercer sua autonomia plena.

Dessa forma, o princípio da solidariedade torna-se uma solução viável neste processo de inclusão social, pois este tem como cerne a garantia da dignidade da pessoa humana, servindo como ferramenta de aplicação dos conceitos do DU, assim como as diretrizes das normas de acessibilidade, respeitando os interesses individuais, mas também atendendo aos interesses coletivos, apresentando soluções, através de ações, para problemas sociais (CARDOSO, 2010, p. 14).

## **2 O princípio da solidariedade e sua aplicabilidade aos direitos sociais das pessoas com deficiência**

Inicialmente, é necessário compreender o entendimento atual do princípio da solidariedade e a forma como ele impacta nas relações entre as pessoas, mais especificamente sua aplicabilidade nos direitos sociais das pessoas com deficiência no âmbito da educação.

Com o desafio de modificar o quadro de profundas desigualdades sociais e pobreza, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros direitos definindo-os como fundamentais para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, tornando claro que opunha-se ao individualismo e à omissão do Estado, fatores primordiais na sociedade desigual.

Considerando a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira, estabeleceu que a fraternidade fosse o móvel na construção de uma nova realidade social, e por isso alcançou-se o Estado Social, contemplador de direitos sociais fundamentais.



O século XX, muito embora tenha sido o marco histórico para a positivação dos direitos fundamentais, comprovou que insuficiente a previsão legal dos mesmos, razão pela qual o texto constitucional previu logo após o Preâmbulo e antes do artigo 5º os princípios fundamentais para que inequivocamente sua contemplação fosse alimentada pela essência embasadora e informativa de todo o ordenamento jurídico.

Os direitos sociais vêm no sentido de proporcionar a todas as pessoas um mínimo de dignidade e autodeterminação, conferindo-lhes um mínimo de bem estar para uma adequada qualidade de vida.

Neste contexto, uma teia de princípios gerais foi prevista como mecanismo axiológico a conduzir o sistema político, o modelo de Estado e a ordem econômica, além de orquestrar as garantias e direitos fundamentais. Foram eles previstos no desiderato de concretizar uma sociedade mais justa, assegurando a cada qual a liberdade através da solidariedade.

Um dos conceitos mais utilizados para compreender o que é o princípio da solidariedade e sua dinâmica no plano real é o trazido por Farias (1998, p. 222) “como uma experiência coletiva e solidária, que integra as consciências individuais e pressupõe, como fator de adesão dos indivíduos, as regras subjacentes à obra comum do grupo social”.

Dessa forma, o princípio da solidariedade, obteve força cogente no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua inserção no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal brasileira de 1988.

O princípio representa, pois, uma harmonização entre o coletivo e o individual, haja vista que “a consciência é, pois, parte integrante de uma existência coletiva, na qual o homem sente sua dignidade ao mesmo tempo nele mesmo e em outrem, trazendo no seu coração o princípio de uma moralidade superior a seu indivíduo” (CARDOSO, 2014, p. 93).

Assim sendo, a importância desse princípio está em seu viés coletivo, ou seja, tem como objetivo obstar o individualismo exclusivo, através da prática de ações pensando de forma coletiva,

pois a ideia principal, em linhas gerais é promover o bem comum através da igualdade.

Seguindo essa linha de raciocínio, Cardoso (2010, p.109) traduz a essência do efeito que este princípio ocasiona na sociedade quando utilizado como ferramenta de diminuição de discriminações destacando que ele adiciona “significado ao próximo, correlacionando-se, pois, a um modo de despertar a intencionalidade humana em reconhecer a existência do outro, porque conduz o comportamento à consciência perceptiva do seu ambiente social”.

Logo, a aplicação do princípio da solidariedade como ferramenta para inclusão das pessoas com deficiência através da observância dos princípios do desenho universal e consequentemente das normas de acessibilidade, visa proporcionar uma convivência mais harmoniosa e sem barreiras na sociedade.

A partir da compreensão desse princípio sobre a percepção de Farias, uma ressignificação da maneira como as pessoas com deficiência estão inseridas na sociedade se torna possível, de modo a diminuir as desigualdades e concentrando-se em uma sociedade livre, justa e solidária. Percebe-se que ao ser arrolada como um dos objetivos da República a solidariedade é um princípio constitucional que garante a efetividade dos direitos fundamentais.

Consubstanciando com o já abordado pensamento de Farias, Cardoso frisa a relevância de um “pensar” coletivo, afim de proporcionar um ambiente harmonioso para todos ao dizer que:

Sem tirar dos particulares a sua própria singularidade, uma vez que cada um continua a ser senhor dos seus próprios fins, a exigência do direito de solidariedade é fazer que a sociedade se torne um ambiente propício ao desenvolvimento da dignidade de cada pessoa de maneira integrada (CARDOSO, 2010, p.15)

Nesse ponto, torna-se imprescindível mencionar que o princípio da solidariedade não atua somente na esfera pública, visto que, o direito público e o direito privado não são totalmente

apartados e, sendo assim, há uma intersecção entre os mesmos. A constituição federal, nesse sentido serve como norteadora para a aplicação do princípio da solidariedade como ferramenta concretizadora dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, visando a dignidade da pessoa humana através da perspectiva de uma sociedade mais empática:

[...] virtude ética para que uma pessoa reconheça na outra um valor absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda, como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão à outrem, à si mesmo e à sociedade (CARDOSO, 2010, p. 91).

Ao fazer essa contextualização, a ligação entre o princípio da solidariedade como ferramenta de efetivação do acesso à educação através do desenho universal possibilita um modelo das relações jurídicas mais inclusivo, o qual envolve tanto o público quanto o particular, refletindo na sociedade uma nova forma de concretização da dignidade da pessoa humana, pois a medida em que cada indivíduo se responsabiliza pelo bem comum, além de satisfazer seus interesses pessoais/particulares, beneficia também as minorias, que se sentem mais incluídas socialmente e também mais autônomas, devido ao uso pleno de sua acessibilidade.

Dessa forma, a inclusão estimula o indivíduo a desempenhar um papel construtivista de uma sociedade mais harmônica por meio da integração de todos os seus componentes, já que os direitos fundamentais trazem em seu bojo a responsabilidade moral.

Então, o acesso à educação garantido às minorias, é importante fator no desenvolvimento de uma sociedade cooperativa, desprovida de um único olhar, mas ao contrário, multifacetada. Em sentido oposto, a verdade seria irrefutável e incólume, a ser propagada por indivíduos que têm o seu ponto de vista como o único axioma real e possível.

Logo, se a autonomia da pessoa com deficiência acarreta em uma maior inclusão social por intermédio da observância do DU

desde a concepção, observando as normas de acessibilidade, com a aplicação do princípio da solidariedade as ações resultantes serão potencializadas, gerando, assim, uma qualidade de ensino mais humana e preocupada com o coletivo, ao mesmo tempo que respeita as peculiaridades de cada um.

O princípio da solidariedade, portanto, busca identificar quais são as barreiras ainda existentes na esfera da educação para então diminuí-las ou até mesmo erradicá-las ao proporcionar uma visão mais coletiva. O princípio do desenho universal, nesse sentido, além de ter como finalidade a inclusão das pessoas com deficiência, assegura também um ambiente adaptado, pois que melhor planejado, além de proporcionar um local que mais pessoas possam usufruir, tais como crianças e idosos.

Ao encontrar um equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, assim como entre os direitos e deveres, o acesso à educação às pessoas com deficiência, o bem comum se torna um resultado natural. À medida que o desenho universal é utilizado no planejamento e a solidariedade como ferramenta de execução diária para assegurar esse direito, direciona-se a construção da almejada sociedade mais livre, justa e igualitária.

### **3 O desenho universal e as normas de acessibilidade como base para a utilização do princípio da solidariedade como ferramenta de concretização do direito à educação das pessoas com deficiência**

As pessoas com deficiência encontram diversas barreiras quanto ao acesso aos seus direitos sociais, as quais resultam em desigualdades. Através da utilização do DU, o qual está previsto e conceituado tanto na CDPD quanto na LBI, a inclusão social seus usuários torna-se uma consequência natural, pois lhes proporcionam uma maior autonomia.

Vale ressaltar que a deficiência decorre de variáveis independentes, tais como "as limitações funcionais do corpo

humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo” e, sendo assim, cada caso deverá ser analisado respeitando suas limitações e peculiaridades (FEMINELLA; LOPES; 2016, p.15).

Nesse sentido, o trabalho está centrado em dois pontos principais: o conceito de DU, o qual exige que as normas de acessibilidade sejam atendidas simultaneamente com suas diretrizes, e, o princípio da solidariedade, como ferramenta para operacionalizar o DU, afim de garantir a efetivação do direito à educação às pessoas com deficiência para inclui-las na sociedade e proporcionar uma maior autonomia.

O DU desempenha o papel de gerar oportunidades igualitárias às pessoas com deficiência, sem que seja necessárias medidas adaptativas no meio físico, no acesso à informação, tecnologia, produtos, pois estas adaptações resultam em custos e além disso, em ações discriminatórias desnecessárias (FEMINELLA; LOPES, 2016, p. 30).

Outra função essencial do DU é proporcionar a valorização da pessoa/educando enquanto aprendiz, identificando, em conjunto com os usuários quais as reais necessidades para atingir autonomia e sentirem-se inclusos sem que esforços sejam medidas, sem que adaptações sejam necessárias, ou seja, que a inclusão da pessoa com deficiência se torne um processo natural.

A partir da aplicação do DU e das normas de acessibilidade no âmbito da educação percebe-se ainda uma lacuna entre a teoria e a realidade. Nesse sentido, o princípio da solidariedade surge como uma possível ferramenta para garantir a plena efetividade dos direitos sociais das pessoas com deficiência.

Anteriormente buscou-se demonstrar que o cerne do princípio da solidariedade é a dignidade da pessoa humana. Partindo dessa constatação, a relação com os direitos fundamentais sociais se torna inerente e conseqüentemente também a ligação com o direito à educação das pessoas com deficiência. Por isso, destaca-se a importância da solidariedade:

Ao mesmo tempo em que se busca a concretização das garantias fundamentais sociais, requer-se a observação do espaço solidário na rotina das relações sociais. O resgate da solidariedade como razão de ser da realização dos direitos sociais constitui-se na existência de um caminho não normativo para se reconhecer digno e lutar contra as abnegações sociais impostas (REIS; FONTANA, 2011, p. 134).

O termo “abnegações sociais impostas” utilizado por Reis e Fontana possibilita uma reflexão acerca do direito à educação, que em diversos momentos, no quadro atual do país, é deixado em segundo plano, o que gera muitos problemas sociais.

Por esse motivo, o direito fundamental de acesso à educação é o direito social abordado com destaque nesse trabalho, afinal, a educação, segundo Rosa e Sturza (2009, p. 116) “propicia ao homem a participação, e não somente a observação, do acontecimento sociais. É ela que oferece ao homem as ferramentas para a busca da transformação das condições de vida”.

O direito à educação das pessoas com deficiência já possui relevância pelo fato de estar presente no preâmbulo da CDPD, na alínea “v”, o qual reconhece que a acessibilidade é fundamental, afim de garantir o pleno gozo das liberdades fundamentais, os quais tem uma forte conexão com os direitos humanos e os direitos humanos positivos na Constituição, ou seja, os direitos fundamentais.

A responsabilidade pela proteção desse direito é do Estado, da família e da sociedade, de acordo com o artigo 8º da LBI, a qual expressa de forma taxativa que é dever destes, de forma complementar, assegurar com prioridade efetividade o direito à educação, para assim, garantir a igualdade e a não discriminação.

Ao elencar o princípio da solidariedade na aplicação desse direito, é inevitável não interpretar a responsabilidade do Estado de forma extensiva à esfera privada no que tange à garantia da efetividade do direito de acesso à educação, afinal, de acordo com

Cardoso (2010, p. 27) existe uma intersecção entre o público e o privado:

O direito de solidariedade, assim, é um complexo coercitivo e persuasivo de condutas dentro da mesma ordem jurídica e social, em virtude da qual se pretende articular estrategicamente os institutos de direito público, mas, sobretudo, de direito privado, ao aspecto social/difuso, resultando, afinal, numa sociedade mais justa e equitativa, apta ao desenvolvimento pleno da dignidade humana. (CARDOSO, p. 27)

Ao preconizar a necessidade de estabelecer a relação entre o público e o privado nas relações jurídicas com o objetivo de fazer prosperar uma sociedade mais justa e equitativa, percebe-se que a própria LBI traz no artigo 28 estabelece que os estabelecimentos particulares devem, assim como as públicas, seguir as leis gerais da educação nacional (SANTOS, 2016, p. 67).

Nesse sentido, Cardoso (2010, p.12) menciona a importância de identificar os problemas da sociedade e, a partir disso conduzir as ações individuais em direção aos interesses coletivo, com o objetivo de alcançar o bem-estar social.

Existem algumas dificuldades na aplicação do DU, pois como se trata de um conceito que objetiva a inclusão das pessoas com deficiência de forma preventiva, ou seja, visa sua incorporação no planejamento e concepção de produtos, serviços e comunicação. Dessa forma, muitas vezes a sua aplicação é obstinada pelo meio físico já existente. Afinal, em uma escola, por exemplo, que já possui uma estrutura física que não viabiliza a acessibilidade plena das pessoas com deficiência, qual seria a melhor alternativa para sanar o problema?

Uma solução seria promover adaptações, o que de certa forma é contrário ao conceito do DU, o qual justamente procura atender às normas de acessibilidade com a finalidade de evitar adaptações. Todavia, não sendo possível observar as diretrizes do DU no planejamento e concepção do meio físico, a adaptação torna-se um

meio de possibilitar a plena acessibilidade e a garantia do direito das pessoas com deficiência à educação.

Nesse contexto, Santos (2016, p. 70) constata que “A ação de adequação arquitetônica dos prédios escolares para a acessibilidade contemplou 60% das escolas públicas com matrículas de estudantes com deficiência e 26% dos municípios brasileiros receberam recursos financeiros para aquisição de veículos escolares acessíveis”.

Por ser um conceito relativamente recente, as adaptações serão inevitáveis, mas a utilização do princípio da solidariedade viabiliza uma dinâmica harmônica na resolução de problemas deste gênero, pois assim como o princípio da acessibilidade tem como objetivo garantir a dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, Cardoso (2010, p. 12) reforça que há a necessidade de equilíbrio na aplicação do princípio da solidariedade quanto à imposição da liberdade individual, ou seja, à medida em que um indivíduo “abre mão” de sua liberdade individual, está cedendo em prol de um bem comum, porém, ele também precisa ter seus direitos fundamentais e suas liberdades asseguradas e, por isso, deve ceder apenas parcialmente esses valores.

Existem várias formas de aplicar o princípio da solidariedade e tendo o DU como norma geral de incluir as pessoas com deficiência em um ambiente que proporcione seu direito à educação. Uma das formas é utilizar métodos existentes na educação inclusiva, ou seja, didáticas que envolver Necessidades educativas especiais – NEE.

Rosa e Sturza (2009, p. 126), ao conceituar NEE, frisa que não somente as pessoas com deficiência estão englobadas como alunos com NEE, mas também crianças superdotadas, assim como crianças em situação de miserabilidade. Além disso, destaca a necessidade de encontrar abordagens adequadas para cada caso em específico.

Em consonância com o conceito de NEE é propícia a inserção da educação inclusiva, ou seja, um ambiente que propicie à pessoa com deficiência oportunidade de desenvolvimento em igualdade de oportunidades e que acolha relações de diversidade humana e aceitação.



Esse processo de inclusão da pessoa com deficiência no ambiente escolar, universitário, em cursos técnicos ou qualquer outro que tenha cunho educacional, enfrenta uma barreira muito grande quanto à superação do sistema tradicional e, de acordo com o que Rosa e Sturza (2009, p. 127) apontam sobre o tema “há a necessidade de um novo olhar para as pessoas com NEE, revendo conceitos e principalmente preconceitos”.

Trata-se, portanto, de uma reestruturação de cultura, onde o DU, observando as normas de acessibilidade, é essencial na implicação de mudanças. Dessa mesma forma, somente com a aplicação do princípio da solidariedade é que se torna possível a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiências já positivados no ordenamento jurídico brasileiro assegurando a sua dignidade.

## **Conclusões**

A importância do princípio da solidariedade neste trabalho está na influência que este exerce no comportamento das pessoas, consubstanciando-se como ferramenta para concretização de direitos fundamentais sociais, como a educação, auxiliado pelo princípio da acessibilidade e orientado pelos princípios do desenho universal.

Sendo assim, em resposta ao problema proposto quanto ao emprego do princípio da solidariedade, tendo o desenho universal como base, poder assegurar o acesso à educação de forma plena e, consequentemente incluir socialmente as pessoas com deficiência, conclui-se que sendo ele utilizado como ferramenta neste desiderato garante sua dignidade como pessoa humana ao ter acesso fundamental social.

Dessa forma, a incorporação desse princípio gera uma visão mais harmônica no processo de inclusão social das pessoas com deficiência, dando-lhe autonomia e diminuindo as desigualdades e barreiras sociais.

Verifica-se a necessidade de realizar adaptações que viabilizem o acesso à educação às pessoas com deficiência em meios físicos já existentes, pois a medida que os meios físicos já existentes se tornarem plenamente acessíveis e os que estão em fase de concepção/planejamento utilizarem as diretrizes DU como base, uma maior autonomia e inclusão social serão consequência natural.

Por fim, mesmo que os meios físicos tendam a observar o DU e as normas de acessibilidade, ainda assim será necessário a observância do mesmo na execução e, sendo assim, essencial a aplicação do princípio da solidariedade para que a inclusão das pessoas com deficiência ocorra com um olhar coletivo, ou seja, visando o bem comum, tendo como pilar a justiça, a igualdade e a solidariedade.

## Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2010.

COLEMAN et al. *Inclusive design: design for the whole population*. 2 ed. Londres: Springer-Verlang, 2003.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FEMINELLA, Ana Paula; LOPES, Laís de Figueirêdo. Capítulo 1 – Disposições gerais/ Da igualdade e da não discriminação e cadastro-inclusão. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquizein (Orgs.) *Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência – comentada*. Campinas: Fundação FEAC, 2016. p. 9-32

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 157 p.

REIS; FONTANA. Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In: REIS, Jorge Renato dos Reis; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

ROSA, J. M.; STURZA, M. P. A Educação para pessoas com necessidades educativas especiais no Brasil: reflexos trazidos pela declaração universal dos direitos humanos e pela emenda constitucional 45. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos, educação e sociedade*. Porto Alegre: Gráfica UFRGS, 2009. p.113-136.

SANTOS, M. C. D. Capítulo 4 – Do direito à educação. In: FAYAN, Regiane Alves Costa; SETUBAL, Joyce Marquizein (Orgs.) *Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência – comentada*. Campinas: Fundação FEAC, 2016. p. 61-74.

## **II - Direitos fundamentais na perspectiva processual civil**



## **O direito fundamental à eficiência sob o aspecto da tutela provisória: uma visão do processo coletivo**

*Hannah Pereira Alff<sup>1</sup>*

*Micaela Linke<sup>2</sup>*

### **1. Introdução**

O presente trabalho pretendeu verificar as conexões de institutos processuais com direitos fundamentais, assim como fazer uma análise de sua aplicação no âmbito do direito coletivo.

Num primeiro momento, foi realizado um estudo sobre as tutelas provisórias, mais especificamente, sobre a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente e os argumentos plausíveis para sua concessão ainda que presente notório fator de irreversibilidade ao *status quo ante*. A doutrina tem sido vacilante à respeito deste tópico, ainda que vislumbre-se o motivo pelo qual, mediante análise de proporcionalidade, os magistrados têm decidido de forma favorável ainda que a tutela seja irreversível.

Ao passar para o segundo tópico, mudou-se o foco da pesquisa, ao passo que se aprofundou a análise do direito fundamental à eficiência, o qual é ladeado pelo direito fundamental à duração razoável do processo e à celeridade. Assim, trouxe-se ao

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da PUCRS, bolsista CAPES/PROEX; hannah.alff@gmail.com.

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pela PUCRS e Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC; micaelalinke@terra.com.br.

trabalho uma visão da eficiência no processo civil brasileiro em consonância com o constante na Constituição Federal. Com isso, ainda, analisou-se a possibilidade de utilizar tutela provisória como meio para trazer eficiência a uma demanda processual visto que o juiz é obrigado a atentar para todos os meios cabíveis de prestação jurisdicional eficiente, apresentando uma solução efetiva à lide.

É na última parte do presente artigo, portanto, que se trata da aplicação do instituto das tutelas provisórias na esfera do processo coletivo. Também de forma a questionar a observância da garantia do direito fundamental à eficiência, ainda que para satisfazer uma demanda de interesses difusos, e como isso foi possível no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. Tutela antecipada de urgência em caráter antecedente e os argumentos da sua irreversibilidade**

O desenvolvimento histórico do Direito é permeado pela evolução da sociedade, visto que, de certa forma, aquele é o reflexo desta. Como instrumento por meio do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 169), simultaneamente, entende-se necessária a alteração do processo para a perfectibilização do acompanhamento de suas funções em face da constante mudança humana.

As últimas décadas foram pautadas pela aumento exponencial do acesso à Justiça, entretanto, com esse, dificultou-se a concretização de direitos fundamentais como a celeridade, a duração razoável e a eficiência do processo. Segundo Arruda Alvim (2012, p. 882), a demora na prestação jurisdicional consolidou-se em virtude do crescimento do acesso à Justiça, mesmo que focalizada a partir do prisma do indivíduo, e ante a impossibilidade de crescimento correspondente do aparato estatal para atender tais necessidades.

Decorrentemente, idealizou-se um sistema antecipatório de tutela frente à percepção de necessidade de previsão de solução para problemas de duração processual de forma impulsionar o alcance

dos objetivos essenciais do processo. Em consonância, colocam-se Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, nestes termos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 242):

Os sinais enviados pela prática mostraram, no entanto, que uma adequada distribuição do ônus do tempo no processo e a percepção de que a técnica processual só tem sentido se vista na perspectiva da tutela dos direitos são imprescindíveis para que a administração da justiça civil consiga obter seus fins de forma idônea. Com isso, procurou-se uma correção de rumo - e o combate contra a morosidade na prestação da tutela jurisdicional e contra o asséptico processualismo acabaram sendo travados.

Com esse intuito, prevê o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 o instituto das tutelas provisórias do art. 294 ao 311 no Livro V da Parte Geral.<sup>3</sup> A legislação vigente segue o exemplo do disposto em sua antecessora nos meios cautelares e antecipativos de tutela, porém com alterações na tentativa de adequar-se ao maior número de lides variadas e complexas, as quais exigem métodos flexíveis para a prestação de tutela jurisdicional e para a solução dos conflitos à luz das premissas constitucionais basilares do processo.

Consoante Alvim Arruda (2012, p. 882), “conquanto a lei não possa ser um fator decisivo na aceleração da tutela, em alguns casos - como este - pode ela representar um elemento conducente a uma maior celeridade.” Com isso em mente, estão previstas no CPC/15 - art. 294 - as tutelas provisórias fundamentadas em evidência e em urgência - essa podendo ser cautelar ou antecipada - em caráter incidental ou antecedente. Ilustrativamente em fluxograma, lecionam Paola Roos Braun e Sérgio Augusto da Costa Gillet (2017, p. 257): “isso cria uma gama variada de tutelas provisórias dependendo da natureza, momento de concessão e fundamento”.

---

<sup>3</sup> Há, no Código de Processo Civil de 2015, outras previsões sobre o instituto ao longo do texto, a título de exemplo mencionam-se os artigos 9º, 69, 237, 250, 519, 537, 555, 919, 932, 969, 1.012 e 1.015.



Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 257), depreende-se do disciplinado o seguinte entendimento acerca da tutela provisória:

O conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a *assegurar* e/ou *satisfazer*, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.

Prudente distinguir para fins didáticos que, a tutela fundamentada em evidência distribui o ônus do tempo no processo, independentemente de haver, ou não, urgência, de modo a privilegiar aquele que provavelmente possui razão em algumas hipóteses taxativas. (JOBIM; POZATTI, 2016, p.70) Enquanto, a tutela de urgência “trata-se de exceção ao consagrado princípio do contraditório, que fica postergado, mas em plena consonância com o direito fundamental do amplo acesso à justiça”. (THAMAY; FIGUEIREDO, 2016, p. 43)

Outrossim, a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, enfoque do presente artigo, é resultado da técnica processual por meio da qual se objetiva satisfazer desde logo a pretensão satisfativa do autor em pedido anterior ao início do processo e mesmo a delimitação completa do pedido principal. Em outras palavras, é aquela requerida para dar o início ao processo, motivando sua formação, com base em urgência, ou seja, em probabilidade de direito e em perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, satisfazendo o direito material provisoriamente a partir de cognição sumária de acordo, essencialmente, com o disposto nos arts. 300 e 303 do CPC/15.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Desse modo, a tutela antecipada contemporânea a propositura da ação, conforme José Miguel Garcia Medina (2018, p. 503), resume-se no pedido da antecipação dos efeitos da tutela final, cujo pedido é, inicialmente, indicado e, posteriormente, confirmado com exatidão no aditamento, pode ser considerada, portanto *ante causam*. Adicionalmente, pontua-se que essa é uma técnica nova, instituída pela legislação que entrou em vigor em 2016, embasada, porém, nas definições tutela de urgência e de antecipada, já consolidadas.

Logo, mantendo-se o entendimento de que uma medida antecipada está atrelada a satisfação, isso é, pode ser identificada, segundo Teori Albino Zavascki (1997, p. 46), quando o juiz antecipa, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, a tutela antecipada tem caráter satisfativo. Somado a isso, o enquadramento na urgência pressupõe a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ou seja, a legislação, a exemplo das disposições do código processual anterior, possibilita ao juízo competente a possibilidade de, atendidos determinados requisitos, antecipar, em rito ordinário em fase de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito. (JOBIM; POZATTI, 2016, p.69)

A concessão tutela provisória genericamente pressupõe, como antes da vigência do CPC/15 já o fazia, o pedido da parte, em respeito aos princípios da não surpresa e da ampla defesa - arts. 10 e 7º do CPC, amparados na lei fundamental -, podendo apenas ser conferida às partes possibilidade de manifestação de pedido incidentalmente, apoiada no princípio da colaboração processual - art. 6º do CPC/15. Tal requisito, em face ao procedimento antecedente é de menção desnecessária, pois não há como caracterizar a tutela antecipada de

---

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

(...)

(BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.)

urgência em caráter antecedente sem pedido da parte, o qual inclusive é a iniciativa propulsora do início do processo, visto que é realizado antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva.

Ultrapassado esse ponto, a configuração dessa espécie de proteção excepcional a direito exige para sua confirmação a demonstração de probabilidade do direito, ampliando os preceitos anteriores: verossimilhança e prova inequívoca. Frisa-se que a concretização do presente instituto processual dá-se pelo mecanismo da sumarização da cognição, em síntese, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 33-34), há a restrição da cognição no plano vertical e as decisões, pois, ficam limitadas a afirmar o provável, objetivando, no caso em voga, realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito.

Com isso em mente, é necessário o convecimento do juízo sobre a probabilidade de direito frente à alegação de violação ou ameaça para que justificado se mostre o deferimento do pedido antecipado. Em suma, preenche-se por meio de avaliação positiva de elementos que evidenciem ter acontecido o que foi narrado pelo autor, de acordo com o apresentado nos autos, e das chances de êxito decorrentes da narrativa, quer dizer, da probabilidade de que a parte requerente possua razão (JOBIM; POZATTI, 2016, p.73-74), comprovado em cognição exauriente e após o contraditório.

Concomitantemente, exige-se a demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, genericamente denominado *periculum in mora* e ainda referido como dano irreparável ou de difícil reparação. O legislador, em consonância com a doutrina e com o fundamento dessa espécie de tutela jurisdicional, classifica como condição a demonstração da necessidade de uma decisão com base em cognição sumária e com a postergação do exercício contraditório, *inaudita altera pars*.

Logo, de acordo com a lição de Cassio Scarpinella Bueno (2014, p. 45), pressupõe-se a configuração de uma conjuntura fática em que a tutela antecipada deve ser prestada de forma a evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça

a direito do autor, tratando-se, inequivocamente, de forma de debelar a urgência, quando insuficiente a prática de atos acautelatórios com o escopo de assegurar o resultado útil do processo até a prestação jurisdicional definitiva. Assim, essencialmente define-se como a imprescindibilidade da fruição dos efeitos do pleito antecipado, no intuito de garantir os direitos do autor ameaçados ou lesionados em tempo.

Dessa forma, expostas as premissas legais e conceituais para a concessão da tutela antecipada de urgência em caráter antecedente quando a situação fática limítrofe é preexistente (ASSIS, 2015, p. 383) ou contemporânea à propositura da ação, em contrapartida há, ainda, outro critério legal a ser preechido. Mantendo a ideia do art. 273, § 2º, do CPC/73, a contrário senso da doutrina, no § 3º do art. 300 do CPC/15, tem-se a condição negativa da tutela antecipada: a irreversibilidade de seus efeitos.

Pondo-se que o provimento de tutela antecipada de urgência em caráter antecedente dá-se em decisão interlocutória recorrível e instável, visto que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo a partir do extinção ou enfraquecimento dos pressupostos ao longo do desenrolar da lide, já que é o resultado de um procedimento de sumarização da cognição jurisdicional, o dispositivo refere-se a necessidade de ser possível retornar-se ao *status quo ante caso* se constate, no curso do processo, que deve a tutela ser alterada ou revogada, (JOBIM; POZATTI, 2016, p.75) Entretanto, não há suporte jurídico para entendimento literal e categórico desse dispositivo.

Parte da doutrina e dos julgadores concebem como inconstitucional a aplicação dessa condição negativa, tendo em mente a função dessas tutelas excepcionais e os direitos fundamentais. Ainda que o § 3º do art. 300 do CPC/15 tenha o objetivo, no caso em questão, de proteger o réu de medidas danosas baseadas em cognição sumária, os termos que a compõem, ausentes de restrições desconsideram o conceito da criação das tutelas provisórias, em especial aquelas antecipadas de urgência em caráter

antecedente. Nesse sentido, pontua Fabrício da Costa Pozatti (2017, p. 70):

Referida regra processual, que proíbe a antecipação de tutela em caso de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, não se coaduna com a finalidade do processo civil, principalmente levando-se em conta as normas fundamentais previstas nos artigos 3º, caput, e 4º, do Código de Processo Civil (assim como dos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 50 da constituição Federal); até mesmo porque, há casos em que não só a concessão, mas também a não concessão da tutela de urgência de natureza antecipada pode causar prejuízos irreversíveis. Trata-se de regra muito mais alinhada com a ideia de que o processo de conhecimento tem por finalidade a produção de coisa julgada material do que a tutela dos direitos.

Dessa forma, encontram-se contrapostas a finalidade do processo civil - instrumento para a tutela de direitos adequada, efetiva e tempestiva - e a regra processual. Essa é uma medida de segurança para evitar o abuso das tutelas provisórias, contudo não pode exagerado apego à premissa conduzir ao absurdo de se deixar alijado do direito todo aquele que autor que pleiteia proteção jurisdicional urgente e provável (VAZ, 2003, p. 39), sob pena de ferir “o sustentáculo constitucional da tutela de urgência” (BRAUN; GILLET, 2016, p. 23), art. 5º, inc. XXXV, da CRFB - a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por exemplo, em casos concretos que discutem a determinação urgente de uma operação cirúrgica ou de uma demolição de construção que ameaça ruína antecedentemente, não há como falar em reversibilidade dos efeitos de uma decisão de provimento de tutela antecipada, tais pleitos em seu cerne não admitem nem o conceito de provisoriedade, visto que tem como característica inata a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, sendo apenas possível posterior reparação em perdas e danos. No entanto, isso não retira a necessidade da execução de medidas imediatas para a preservação dos bens jurídicos ameaçados,

presentes a probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Logo, o “fenômeno da irreversibilidade recíproca, em que a denegação da medida também produziria efeitos irreversíveis” exige a prevalência da lógica da tutela do direito mais provável em detrimento do menos provável e a invocação do princípio da proporcionalidade (THAMAY; FIGUEIREDO, 2016, p. 44), o qual, também explicitamente basilar, é consagrado no art. 8º do CPC/15. Em consonância, apontam Marco Félix Jobim e Fabrício Costa Pozatti (2016, p.76):

É necessário que o julgador, quando em dúvida sobre qual o direito mais provável e sendo irreversíveis os efeitos da decisão em caso de concessão, ou não concessão da medida, utilize-se da proporcionalidade para verificar o que será menos danoso.

Essa relativização ou superação da regra processual urge por justificativa condizente e técnica idônea para sustentar-se quando aplicada em casos concretos. Não obstante, é a concretização da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, preservando a finalidade do instituto da tutela antecipada de urgência em caráter antecedente e do processo como instrumento para tutela de direitos, ponderando as garantias fundamentais colidentes de forma a preservá-las ao máximo no caso concreto, visto que, conforme João Batista Lopes (2003, p. 75):

Antecipação de tutela, em qualquer de suas manifestações, está vocacionada à efetividade do processo e, assim, tem o escopo de impedir (ou reduzir) o ônus da demora processual ao permitir que o provável titular de um direito obtenha, desde logo, um provimento satisfativo, ainda que provisoriamente.

Portanto, a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, em observância ao seu objetivo maior de possibilitar a proteção jurisdicional eficiente, quando notório prejuízo decorrerá da significativa quantidade de atos complexos ou com períodos

demorados entre si, que tornam a prestação jurisdicional morosa com o intuito de atender à constitucionalização do processo, não admite a aplicação irrestrita do § 3º do art. 300 do CPC/15. (BRAUN; GILLET, 2016, p. 17) Afinal, fundamental é a interpretação sistemática da legislação pátria com o escopo de respeito ao ordenamento jurídico como unidade, para tanto - na presente discussão - o atendimento à finalidade processual perpassa pela superação proporcional da condição negativa de irreversibilidade de efeitos, garantindo a tutela jurisdicional eficiente preceituada constitucionalmente.

### **3. O direito fundamental à eficiência no âmbito do processo civil**

Ao trata-se do significado da expressão “eficiência”, é importante salientar que dentro das próprias áreas do direito ela pode carregar funções diferenciadas. No presente trabalho, serão avaliadas distintas perspectivas do modelo de eficiência aplicado no Brasil, ainda que o enfoque principal seja compreender como é possível que o instituto das tutelas provisórias perfectibilizem a garantia da eficiência.

O Direito Fundamental à Eficiência, também muitas vezes taxado de Princípio Constitucional por assim ter sido denominado no texto legal, tem expressa previsão na Constituição Federal no art. 37. Em seu *caput* lê-se o seguinte conteúdo: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[...]”.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 84), a Administração Pública enfrenta o princípio da eficiência de duas formas: a primeira seria o “modo de atuação do agente público”, ao que se espera do agente público que exerça suas funções da forma a melhor desempenhar suas atividades; e “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”, ou seja, obter os

melhores resultados na prestação pública de serviço. Importante se faz, portanto, a justificativa da utilização da Eficiência como um Direito Fundamental.

Conforme Eneida Desiree Salgado e Emerson Gabardo (2013, p. 125), princípio pode ser definido como:

Princípios são normas *lato sensu* de direito positivo que prescrevem valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, cujas prescrições obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu âmbito normativo, e mormente ao seu conteúdo essencial. Os princípios são normas jurídicas vinculantes na observância do seu âmbito normativo, e, por isso, todo o ordenamento deve assegurar a sua proteção [...].

Pode-se compreender, assim, que princípios são regras norteadoras, servindo como fio condutor de determinadas ações que deles dependam de orientação. De outra feita, Direitos Fundamentais são descritos da seguinte forma por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 29), de forma a tentar diferenciá-los de direitos humanos:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Deste modo, Eficiência é considerada como um Direito Fundamental tendo em vista o cidadão como seu titular, o qual



carece de uma prestação jurisdicional eficiente, e com duração razoável, nos litígios inerentes de uma vida em sociedade. Este Direito Fundamental está intrinsecamente ligado à Duração Razoável do Processo, pois não é possível que se tenha um processo eficiente sem que a sua razoável duração seja respeitada.

Não bastando, portanto, a previsão da Eficiência na Constituição Federal referindo-se aos atos provenientes da Administração Pública, por opção do legislador de 2015, o termo passou a integrar o texto do Código de Processo Civil do referido ano. O Capítulo I, do Livro I, de Título Único, do diploma processual brasileiro foi nomeado de “normas fundamentais do processo civil” e, dentre o rol destas normas fundamentais, nota-se, no seu art. 8º, a seguinte previsão de que: “[...] o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A expressão “eficiência”, assim, está em repetição. Porém, conforme explica Marco Félix Jobim (2018, p. 34-35), os conceitos de ambas as expressões podem ser trabalhados de forma distinta entre o presente na Constituição Federal e o trazido pelo diploma processual. Enquanto que para a Administração Pública, ser eficiente significa alcançar o “bom cumprimento de suas tarefas” de forma menos onerosa e seguindo os parâmetros estipulados pela legislação, para o processo civil, pode-se identificar duas vertentes para o que é ser eficiente, classificando-se em eficiência quantitativa e qualitativa.

A quantitativa relaciona-se com a economia pecuniária do processo, reduzindo o máximo de custos possíveis. A qualitativa aproxima-se da qualidade das decisões e do conteúdo de sua fundamentação, utilizando-se os meios mais adequados e céleres para a prestação jurisdicional em tempo razoável, o que tornaria democrático o processo. (CUNHA, 2014, p. 69)

Alguns autores, ainda, apresentam preocupação com a falta de cuidado de utilizações terminológicas como sinônimos, quando

em realidade não são. Exemplo disso é tratar eficiência, efetividade e eficácia como se o mesmo significado tivessem. Em suma, a diferenciação pode ser compreendida pelas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha (2014, p. 66-67):

Nesse sentido, *eficácia* é uma qualidade do ato ou do negócio jurídico, tornando-o *eficaz*, ou seja, fazendo com que, a partir da incidência, possam ser produzidos efeitos jurídicos. Já a *efetividade* relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é *efetiva* quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a *eficácia* é a aptidão para produzir efeitos, a *efetividade* constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. [...] Ser eficiente é, enfim, *adotar medidas satisfatórias* para alcançar finalidades preestabelecidas.

É racional alegar que, ainda que analise-se os três conceitos separadamente, resta dúvidas sobre como se pode verificar tais diferenças de significados no plano prático. Deste modo, para melhor elucidar a diferença entre os três termos, observa-se o exemplo trazido por Marco Félix Jobim (2018, p.34-35):

Talvez com um exemplo seja mais fácil visualizar as diferenças entre elas, como na promessa de construção de cinco unidade de posto de saúde por um determinado Município quando, se ao final do tempo prometido, conseguir cumprir as construções, ao que terá sido eficaz (noção lógico-normativa); e, nas construções, conseguiu empregar meios econômicos mais reduzidos, foi eficiente (noção empírico-normativa) e; se, eventualmente, conseguiu aumentar o número de atendimentos ou reduzir o número de pessoas adoecidas, terá sido efetivo (noção finalístico-normativa).

Assim, a partir de 2015, as tutelas provisórias vieram para o código de forma a servirem de unificação dos institutos da tutela cautelar e antecipada, “reunindo cognição, satisfatoriedade e cautelariedade” num processo único.(BRAUN; GILLET, 2016, p. 16)

De acordo com Daniel Mitidiero (2014, p. 19), antecipação de tutela pode ser considerada como: “a técnica direcionada a antecipar

de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo”.

Há vezes em que é preciso que a medida seja tomada a fim de garantir um direito ao término do decurso processual, assim como existem aquelas demandas que necessitam de imediato efeito, antes mesmo do início de um processo formalmente instituído. Para estas últimas, dá-se o nome de tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, no qual avalia-se o pedido antes mesmo que se instaure um processo com uma petição inicial completamente instruída. Ensina Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 145-146) que as técnicas processuais estão disponíveis exatamente para que seja efetiva a tutela dos direitos:

O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos. As normas de direito material que correspondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – normas que protegem o consumidor e o meio ambiente, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. [...] ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há sempre, mas tutela do direito apenas no caso em que a técnica processual reconhecer o direito, isto é, quando a sentença for de procedência.

Compreende-se, portanto, que as tutelas provisórias estão de comum acordo com a tentativa de “contribuir para a efetividade da tutela final” (JOBIM, 2018, p. 188), o que faz com que o processo seja efetivo, ao passo que, ao movimentar o ônus do tempo no processo, promove a concessão de um direito de forma antecipada, tornando o processo eficiente. Para encerrar, apenas para restar um exemplo completo em relação às tutelas provisórias, será eficaz se, ao final do processo, o indivíduo tenha uma sentença de procedência

permanente para o pedido feito e concedido antecipadamente, assegurando a finalidade do processo e uma solução eficiente à lide.

Nota-se, portanto, que o CPC corrobora com a Constituição no sentido de, por meio da adoção do instituto unificado das tutelas provisórias, garantir a efetividade dos direitos em tempo razoável. (BRAUN; GILLET, 2016, p. 32)

#### **4. Da aplicação da tutela provisória no processo coletivo**

Tendo em vista uma sociedade que preza pela rapidez em todos os aspectos da dinamicidade cotidiana, cada vez mais os legisladores têm se preocupado em estabelecer meios que possam agilizar o processo de forma a garantir um acesso à justiça mais eficaz, mediante utilização de técnicas que otimizem a tramitação processual. Para isso, é preciso garantir que a prestação jurisdicional não ofenda os princípios constitucionais constantes no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que trata do direito de ação, à celeridade, e à duração razoável do processo.

A antecipação dos efeitos práticos de uma tutela, que somente seria concedida após o proferimento de uma sentença definitiva de mérito, veio com este objetivo de proporcionar, mediante demonstração de urgência ou evidência, um resultado tanto efetivo à necessidade que resta apresentada, assim como eficiente, por aplicar os meios necessários mais econômicos ao resultado pretendido. (CUNHA, 2014, p. 66-67)

Para que isso seja possível, o magistrado precisa fazer um juízo de valores, aplicando princípio da proporcionalidade, a fim de fundamentar o motivo pelo qual concederá ou não um pedido de tutela provisória. Importante é salientar que, ainda que uma tutela provisória seja concedida, ela não é uma garantia total de que a demanda será julgada procedente. Assim se posiciona Igor Martins da Cunha e Vanderlei Garcia Junior (2016, p. 187):

Tal poder não assegura, *a priori*, o resultado favorável da demanda, mas, sim, a possibilidade de desenvolver em juízo todas as atividades técnicas idôneas à obtenção do resultado, bem como garantindo a real e imediata proteção ao direito material, caso assim demonstrado, mediante a concessão da tutela diferenciada.

Considerando, portanto, que tais aspectos e direitos fundamentais referidos tratam-se de regras básicas a serem respeitadas tanto no âmbito de demandas individuais quanto demandas coletivas, nestas últimas temos a questão do número de indivíduos atingidos pela identidade de interesses, os quais passaram a ser chamados de “interesses difusos e coletivos”.

Ao fazer um levantamento de legislações ordinárias que se referem ao direito coletivo, foi somente a partir dos anos 1980 que o poder legislativo passou a positivar a então preocupação com a efetividade dos interesses difusos. Teori Albino Zavascki (2011, p. 15) trouxe o entendimento de que as referidas legislações vieram a fim de tutelar direitos e interesses de caráter transindividuais, “cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”.

Primeiramente veio a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), que pela primeira vez permitiu o ajuizamento de ações que visassem um direito inerente a toda uma coletividade. Em seguida veio a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e, já no ano de 1990, editou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que ainda que seja dedicado à um público restrito não deixa de ser uma coletividade, e então nos anos 2000 acrescenta-se o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03). Isso apenas para exemplificar as legislações mais salientes de direito coletivo, o que, aos poucos, foi balizando a formação do que se pode denominar de “microsistema de processo coletivo”. (CUNHA; GARCIA JUNIOR, 2016, p. 191)

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 273), “a especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto

litigioso”, ou seja, a relação jurídica que dá origem ao litígio precisa ser coletiva. Em um dos polos, seja ativo ou passivo, está um grupo de pessoas. O mesmo ocorre se o objeto litigioso recai sobre um direito, este direito precisa pertencer (ou faltar; estar sendo infringido) a um determinado grupo para que seja considerado coletivo. Para que se possa visualizar de uma forma mais clara o microssistema aqui trabalhado, seria melhor tratar do que a doutrina classificou como tutela inibitória.

Sérgio Cruz Arenhart (2003) tratou em sua obra “Perfis da Tutela Inibitória Coletiva”, o fato de que o processo coletivo tem buscado prestar assistência aos interesses da coletividade preventivamente, de forma que se possa evitar o máximo possível a necessidade de uma reparação em âmbito coletivo, uma lide que tende a ser onerosa e não plenamente efetiva. Conforme Gustavo Crestani Fava (2015, p. 191-218), é aquela tutela que desde o direito romano era chamada de “interdicto”, por ter o condão de impedir a realização de uma conduta por meio de uma ordem proferida pelo magistrado. Trata-se tanto de vedar uma conduta concreta como também ameaça por meio de ilícito. Uma tutela que busca impedir que um ato potencialmente novíço ocorra é o que se chama tutela inibitória preventiva, a qual preocupa-se muito mais com a efetividade da norma, destinando-se ao controle do ilícito, do que efetivamente com o dano, pois não há como prever o futuro.

De acordo com Igor Martins da Cunha e Vanderlei Garcia Junior (2016, p. 197), a possibilidade de ter provimento uma tutela provisória nas ações coletivas já estava previsto na Lei de Ação Civil Pública (LACP), ainda que com um texto vago e sem definir os requisitos específicos para a concessão de tal instituto. Informação concreta tinha, no entanto, que o legitimado passivo pela legislação estipulado correspondia a todo aquele que causasse qualquer dano a direitos difusos, inclusive quando o responsável fosse o Poder Público. (DI PIETRO, 2012, p. 872) Do mesmo modo, o CDC, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações que fazem parte do microssistema em estudo, também têm a previsão de que

o juiz é obrigado a conceder uma “tutela específica da obrigação, ou determinar providências que assegurem o seu resultado prático”.

Nas palavras dos autores supramencionados, portanto, tais leis referiam-se única e exclusivamente às tutelas de caráter inibitório, as quais serviram de base inspiratória para que o CPC/2015 trouxesse uma forma de harmonizar a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio (CUNHA; GARCIA JUNIOR, 2016, p. 197):

Evidente, após análise minuciosa, que os dois dispositivos anteriormente mencionados (art. 4º e 11 da LACP e art. 34 do CDC), representam, de forma geral, a prestação da tutela com características eminentemente inibitórias, tendo como principal traço a prevenção da prática de ato capaz de gerar ameaça a direito ou se estiver na iminência de sofrer lesão, possibilitando a execução de forma específica em caso de dano efetivo, em especial se apresenta suficiente, para tanto, a mera existência de uma ação ilícita, capaz de gerar dano.

É de extrema essencialidade compreender o motivo pelo qual é mais necessário prevenir um dano do que prever punições para caso seja causado, e isso acaba se tornando a alma das tutelas provisórias. É o perigo de sua irreversibilidade. Mas neste contexto, não a irreversibilidade da tutela provisória, mas a irreversibilidade do dano causado pela sua não concessão.

É mais importante pra sociedade, principalmente no contexto do direito ambiental, garantir que o próprio ilícito não seja praticado com o pedido de uma antecipação de tutela, do que tentar, por meio de uma ação, reparar um dano causado. É uma urgência que, se não atendida no momento do seu pedido, pode tornar inútil todo um processo judicial.

Ensinamento este que pode-se extrair das palavras de Gustavo Crestani Fava (2015, p. 191-218):

Neste norte, a tutela inibitória encontra seu primeiro respaldo jurídico na própria noção de direito ambiental e suas

características ímpares. A incapacidade de regeneração posterior, o caráter potencialmente perpétuo de algumas agressões antrópicas ao meio ambiente e o fato destas não se prenderem a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem, ignorando fronteiras políticas, impõem a necessidade de uma ferramenta processual de cunho antecipatório e cujo objeto volte-se não para o dano, mas para seu momento imediatamente precedente (quando essa dissociação é possível), sob pena de fazer letra morta os atos normativos proclamadores do direito ao meio ambiente, notadamente os textos constitucionais.

No que concerne os legitimados ativos de uma ação que visa a defesa de direitos difusos e coletivos, por certo, não é o único destinatário daquela medida protetiva, assim como provavelmente também não corresponde ao titular próprio dos direitos levados ao juízo. Ao fazer uma lista daqueles que podem ser os autores da lide, Maria Sylvia Zanella de Pietro (2012, p. 875-876) aponta os seguintes requisitos: “pode ser o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, bem como associações...”, estas últimas precisam necessariamente terem como plano finalístico a efetiva “proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, nas palavras da autora.

Ao se provar a urgência na prestação da tutela jurisdicional, não seria possível defender que não cabe a concessão de liminar em tutelas provisórias no âmbito do processo coletivo, pois este vai prestar uma proteção à direitos muito mais elevados em questão de essencialidade do que meros direitos pleiteados em cunho individual. (CUNHA; GARCIA JUNIOR, 2016, p. 202)

Desta forma, verifica-se a extrema importância, inclusive constitucional, concedida às tutelas provisórias, de urgência ou evidência, no âmbito coletivo. Isso ocorre tanto pela natureza dos direitos tutelados, como também pelo número de indivíduos que



serão atingidos pelo teor da decisão a ser proferida. Os requisitos necessários à concessão das tutelas provisórias no direito coletivo, portanto, são imprescindíveis uma análise mais cuidadosa, de forma que prezem pela máxima proteção dos direitos transindividuais, prezando pelo integral cumprimento do direito fundamental à eficiência da prestação jurisdicional, além de adequada solução da lide. (CUNHA; GARCIA JUNIOR, 2016, p. 198)

Há vezes em que é preciso que a medida seja tomada a fim de garantir um direito ao término do decurso processual, assim como existem demandas que necessitam de imediato efeito, antes mesmo do início de um processo formalmente instituído.

## **5. Considerações finais**

Finalmente, diante do exposto, retoma-se que o movimento de constitucionalização do processo e ampliação do acesso à justiça concomitante à absorção jurídica da complexidade social consolidaram o processo civil como instrumento para tutela de direitos guiado pelos direitos fundamentais sistematicamente consagrados no ordenamento jurídico pátrio. Nesse cenário, criou-se o instituto das tutelas provisórias para assistir ao autor o respeito ao devido processo legal - considerado mandamento maior no ordenamento jurídico -, protegendo direitos evidentes ou urgentes a partir da reserva do contraditório pleno para momento processual posterior.

Esse instituto objetiva, pois, dar suporte jurídico às hipóteses fáticas que carecem de tutelas sumárias quando a cognição plena não é capaz de habilmente proteger o direito em litígio, dividindo-se em uma gama de alternativas dispostas na legislação. Dentre essas, possibilitou-se a concessão de tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, ou seja, presentes a probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, estes contemporâneos à propositura da ação, ao autor é garantida a possibilidade de valer-se do procedimento do art. 303.

Tal dispositivo tem o propósito de consolidar direitos essenciais e fundamentais, destacando a eficiência - Direito Fundamental que tem o cidadão carente de uma prestação jurisdicional eficiente e com duração razoável nos litígios inerentes de uma vida em sociedade como seu titular. Desse modo, a espécie em questão, a exemplo do gênero, encontra-se como parte ativa na contribuição para a busca de maior efetividade, quantitativa e qualitativamente, para a tutela final, concretizando o direito à satisfação.

Todavia, as tutelas dessa natureza estão sujeitas à condição negativa de irreversibilidade de direitos do § 3º do art. 300 do CPC/15, que, criada com o objetivo de limitar o provimento de pedidos deficientes de cognição exauriente, acaba por, em sentido objetivo, prejudicar a obtenção solução eficiente à lide baseada na finalidade do processo e tolher a proteção jurisdicional expressa no art. 5º, inc. XXXV, CRFB. Esse dispositivo fundamental, no ponto em voga, tem o escopo, exatamente, de legitimar a viabilidade da tutela inibitória e as técnicas processuais capazes de permitir a sua antecipação, as quais são inatas ao direito de ação, posto que essências para o desempenho de sua função fim.

Dessa forma, frente a eventuais controvérsias do ordenamento - incompatibilidades, antinomias ou lacunas - como essa, entende-se imperiosa a interpretação constitucional sistemática, na qual cada preceito de um ordenamento é compreendido como parte significativa para a absorção do conjunto cujo exame proporciona melhor equação dos casos concretos e maior proximidade aos ideais alicerçadores do direito. Compreende-se, conseqüentemente, a necessidade de uma relativização da regra processual em voga no intuito de preservar a finalidade do instituto, assegurando a efetividade da solução da lide, ao passo que, ao movimentar o ônus do tempo no processo, promove a concessão de um direito de forma antecipada, tornando o processo eficiente.

Em suma, aplicação do requisito de reversibilidade dos efeitos da decisão que defere tutela antecipada de urgência em caráter

antecedente através do princípio da proporcionalidade, sopesando os bens em conflito e os direitos ameaçados de dano mantém a corroboração do CPC/15 com a CFRB, adotando o instituto unificado das tutelas provisórias para garantir a efetividade dos direitos com celeridade e atender às situações fáticas que não gozam do tempo necessário para cognição exauriente sem prejuízo significativo. Isso tudo aplica-se também, e de maneira talvez mais significativa, nos processos coletivos, os quais pressupõem uma relação jurídica originária em que um dos polos é composto por um grupo de pessoas, ou seja, se o objeto litigioso recai sobre um direito, esse precisa pertencer (ou faltar; estar sendo infringido) a um coletivo.

Isso posto, repisa-se a extrema importância, inclusive constitucional, das tutelas provisórias nesse âmbito coletivo, pela natureza dos direitos envolvidos e pelo número de indivíduos que serão atingidos pelo teor da decisão a ser proferida. Os requisitos necessários à concessão das tutelas provisórias, destarte, reivindicam análise mais cuidadosa, prezando pela máxima proteção dos direitos transindividuais e pelo integral cumprimento do direito à eficiência, no intuito de obter-se adequada solução da lide.

Através dessa lente, visualiza-se a essência das tutelas provisórias: o perigo de sua irreversibilidade, não da tutela provisória, não obstante, do dano causado pela sua não concessão. Nesse cenário, antepõe-se a prevenção do dano sob a previsão de punições para caso seja causado, porque é mais importante pra sociedade, principalmente no contexto do direito ambiental, garantir que o próprio ilícito não seja praticado do que tentar, por meio de uma ação, repará-lo. Para tanto, uma urgência que, se não atendida no momento do seu pedido, pode tornar inútil todo um processo judicial, utiliza-se imprescindivelmente da antecipação de tutela.

Por conseguinte, as tutelas provisórias desempenham papel essencial na garantia de uma solução jurisdicional eficiente às diversas lides da atualidade, concedendo possibilidade de flexibilização do rito ordinário com o escopo de assegurar o cumprimento da finalidade processual civil. Desse modo, seus

requisitos limitam, como é necessário, sua aplicação, entretanto, não podem descaracterizar o instituto, impossibilitando a proteção de direitos que carecem de sumarização da cognição para evitar ou reduzir a lesão. Igualmente, senão de forma mais evidente, nos processos coletivos torna-se visível o entendimento nuclear da antecipação de tutela para a eficiência processual constitucionalmente garantida em face da sobreposição do pleito coletivo sob o individual.

Apesar, há vezes em que é preciso que a medida seja tomada a fim de garantir um direito ao término do decurso processual, assim como existem aquelas demandas que necessitam de imediato efeito, antes mesmo do início de um processo formalmente instituído. Logo, cabe ao direito a compreensão sistemática da legislação de forma a respeitá-la integralmente para a interpretação das regras processuais em obediência aos Direitos Fundamentais e, somente então, alcançando as finalidades vislumbradas.

## Referências

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 15ª ed. rev., atual. e ampl. 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRAUN, Paola Roos; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Fundamentos Constitucionais da Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil**. In: Tutela Provisória: à luz do Novo Código de Processo Civil. Org: ROCHA, Marcelo Hugo da. p. 15-34. Curitiba: Juruá, 2016. p. 32.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos - 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNEIRO, Atos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Igor Martins da; GARCIA JUNIOR, Vanderlei. **As Tutelas Provisórias nas Ações Coletivas.** In: Tutela Provisória: à luz do Novo Código de Processo Civil. Org: ROCHA, Marcelo Hugo da. p. 183-224. Curitiba: Juruá, 2016. p. 187.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Previsão do Princípio da Eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Revista de Processo. Vol. 233. p. 65-84, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo.** Revista de Processo. Vol. 229. p. 273-280, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAVA, Gustavo Crestani. **Tutela Inibitória no Direito Ambiental:** Considerações sobre o perigo de ilícito. Revista de Direito Ambiental. Vol. 79. p. 191-218, 2015.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos Procedimentais da Tutela de Urgência Satisfativa Requerida em Caráter Antecedente. In: **Tutela Provisória: À luz do novo Código de Processo Civil.** Org: ROCHA, Marcelo Hugo da. p. 67-86. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de Tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. **O princípio como fundamento no desenvolvimento do Constitucionalismo brasileiro**: um sentido para além dos conceitos. In: Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Org.: NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. p. 109-121. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Introdução à Tutela Provisória**. In: Tutela Provisória: À luz do novo Código de Processo Civil. Org: ROCHA, Marcelo Hugo da. p. 35-48. Curitiba: Juruá, 2016.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5. Ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



### **III - Direitos fundamentais e as relações de trabalho**





## Notas sobre os influxos da revolução informacional nas relações de trabalho

*José Guimarães Mendes Neto*<sup>1</sup>

*Manuela Ithamar Lima*<sup>2</sup>

### Introdução

O presente artigo destina-se ao estudo das implicações da sociedade de informação nas relações trabalhistas. Tem-se que essa sociedade estruturada com base nas inovações tecnológicas promoveu alterações em todo o cenário social, modificando significativamente sistemas econômicos, políticos e jurídicos, trazendo desafios na proteção e promoção de vários direitos fundamentais, tais como os direitos trabalhistas.

Para tanto, inicialmente perpassa-se pela transição da sociedade industrial para a sociedade informacional, enaltecendo-se que o processo de globalização afeta sensivelmente os direitos sociais, de modo específico os direitos trabalhistas, os quais surgem no bojo da revolução industrial, pela necessidade de maior intervenção estatal para garantir no plano concreto uma igualdade substancial.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF; Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra; Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB/MA; Advogado; <http://lattes.cnpq.br/3665653914918095>; [guimaraesmneto@hotmail.com](mailto:guimaraesmneto@hotmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF) – CNPq. Professora universitária em São Luís- MA. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB/MA); Advogada; <http://lattes.cnpq.br/9401596742377695>; [manuela.ithamar@gmail.com](mailto:manuela.ithamar@gmail.com).

Posteriormente, analisa-se a definição e as características da sociedade de informação, enfatizando-se a centralidade do conhecimento nessa nova estrutura social e como tal centralidade provocou uma modificação no cenário econômico. Destaca-se, que a inserção de novas tecnologias no cenário econômico e social traz incontestavelmente inúmeros benefícios, entretanto em razão da velocidade e incerteza do progresso tecnológico, essa sociedade também é considerada uma sociedade do risco e por vezes, ameaçadora de direitos fundamentais.

Nesse cenário são analisadas as implicações de tal estrutura social nas relações de trabalho, enaltecendo o aumento de profissões mais intelectualizadas e o desaparecimento dos trabalhos mecânicos e de mera execução. Destacar-se-á também a criação do teletrabalho, bem como o fato de que essa sociedade tecnológica poderá levar em última análise a uma modalidade neoescravista, devendo o direito se readequar para possibilitar a regulamentação dos desafios dessa referida estrutura social.

No presente trabalho aplica-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual parte de hipóteses na forma de respostas provisórias aos problemas apresentados, passando-se por um processo de verificação, de modo a aceitá-las ou refutá-las (FINCATO, 2014, p.45). Assim, como o tema debruça-se sobre a análise crítica dos influxos da sociedade de informação nas relações trabalhistas, possui como hipótese de pesquisa a necessidade de reformulação jurídica em matéria de direito do trabalho para englobar os novos modelos da sociedade tecnológica, passando-se tal hipótese por todo um processo de verificação, pautado na avaliação de teorias da doutrina especializada.

Afora isso, as técnicas de pesquisa utilizadas, ou seja, o conjunto de processos de que se serve a ciência para alcançar o propósito almejado (MARCONI; LAKATOS, 2003, p.173), serão preponderantemente, a de cunho bibliográfico sobre o tema e a isso se somará a avaliação da legislação pertinente e da jurisprudência constitucional correlata.

## **1 Direitos fundamentais sociais e a transição da sociedade industrial à sociedade informacional**

A construção dos direitos fundamentais sociais se confunde com o processo da ruptura existente entre o direito público e privado, bem como com o próprio surgimento da denominada sociedade industrial. Explica-se.

A dicotomia existente entre direito público e direito privado como dois âmbitos totalmente distintos e inconfundíveis perdurou por um longo lapso temporal, tendo-se como premissa basilar que o mundo jurídico era fracionado em duas parcelas completamente distintas, cada uma com normas e princípios específicos, e consequentemente concluía-se que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado (FACCHINI NETO, 2006, p. 13).

Tem-se que essa dicotomia se funda na estrutura dogmática que permeava as grandes codificações europeias do século XIX, as quais se baseavam na *summa divisio* entre direito público e privado herdada do direito romano. Tal divisão era inspirada nas ideias jusnaturalistas, as quais concebiam que o direito privado era voltado para a autonomia privada e a propriedade, ao passo que, os direitos humanos tinham por escopo tão somente os mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado (TEPEDINO, 2005, p. 154).

Ressalta-se que por volta do Século XVIII tornou-se mais acentuada a divisão entre público e privado, já que esse período fora marcado pela Revolução Francesa, a qual se caracterizava essencialmente por ser pautada em valores liberais e individualistas, por conseguinte, partia-se da ideia que aos indivíduos deveria se oportunizar e garantir o máximo de liberdade para que esse decidisse livremente, sem qualquer intervenção estatal, acerca de todos os assuntos que lhe dizem respeito (FACCHINI NETO, 2006, p. 19).

Nesse contexto, no que se refere aos direitos fundamentais, observa-se que o modelo do Estado liberal está intrinsecamente ligado ao surgimento da denominada primeira geração de direitos

fundamentais (TEPEDINO, 2005, p.154), os assim chamados, direitos de liberdade, que tinham como função precípua proteger a sociedade face às agressões estatais (DA SILVA, 1987, p.43).

Dessa forma, a lógica do Estado liberal era a de que a separação entre Estado e sociedade consistia na condição *sine qua non* para o exercício de liberdade dos cidadãos (DA SILVA, 1987, p.42), predominando um Estado pouco intervencionista nas relações entre privados prevalecendo normas protetoras de direitos fundamentais que visavam apenas assegurar tal espaço de liberdade (FACCHINI NETO, 2006, p. 20).

Nada obstante, o impacto da industrialização e o surgimento da sociedade industrial permeada com problemas econômicos e sociais, fez com que se fosse constatado com as doutrinas socialistas de que a previsão apenas formal da liberdade e da igualdade não gerava a incontestante garantia da sua efetiva fruição (SARLET, 2015, p. 47), por consequência, houve uma emergência em se transmutar o “social” para a política, desaguando em um crescente intervencionismo estatal nas relações privadas (DA SILVA, 1987, p. 43),

Essa emergência de se transpor os problemas sociais para a política suscitou no decorrer do século XIX, amplos movimentos reivindicatórios de reconhecimento progressivo de direitos, ao passo que se exigia uma postura mais ativa do Estado na realização da justiça social (SARLET, 2015, p.47).

A partir disso, tem-se o advento do *Welfare State*, o assim designado “Estado do bem-estar social” vislumbra precipuamente guiar as ações estatais no sentido de promover uma igualdade substancial, a despeito disso, implicar, por vezes, o sacrifício de determinados espaços de liberdade individual (FACCHINI NETO, 2006, p.22). Dessa maneira, a atuação do Estado passa a ser de conformador da sociedade, corrigindo e atenuando desequilíbrios econômicos e sociais (DA SILVA, 1987, p.43), em outros termos, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2015, p. 47).

Assim sendo, emerge na seara dos direitos fundamentais, os direitos de segunda geração ou também denominados, direitos sociais. Esses direitos que já haviam sido incorporados de modo isolado na Constituição Alemã de 1949, nas Constituições francesas de 1793 e 1948 e na Constituição brasileira de 1824, caracterizam-se por ofertarem aos indivíduos direitos que exigem prestações estatais para a sua concretização, como os direitos trabalhistas, assistência social, saúde, educação, entre outros. Contudo, apenas no século XX, com a chegada do “Estado de bem-estar social”, nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos são consagrados em um número significativo de Constituições são objetos de vários documentos internacionais (SARLET, 2015, p. 47-18).

Um desses novos direitos, e sobre o qual se debruça o presente estudo, são os direitos trabalhistas. Isso porque, a Revolução Industrial com o advento e desenvolvimento das máquinas, se caracterizou pela produção em série de bens materiais, demandando força de trabalho e voltada exclusivamente para o crescimento econômico, desconsiderando por vezes direitos fundamentais primordiais dos trabalhadores, como saúde, lazer, segurança e etc. (VALLE, 2014, p.36).

Nesse contexto, tem-se que uma das mudanças promovidas pelo advento do Estado de bem-estar social foi à promoção da igualdade substancial, essa por sua vez seria concretizada através da criação de legislações especializadas, as quais concebiam o sujeito na sua concretude. As leis trabalhistas representam um exemplo claro de tais legislações, pois contemplava uma série de direitos dos empregados, que estavam em uma posição de desvantagem em relação ao empregador, por conseguinte por meio da legislação buscava-se transformar a sociedade (FACCHINI NETO, 2006, p.22).

Pode-se dizer que o processo de constitucionalização do direito privado e o surgimento do constitucionalismo social é de certo modo fruto do processo de globalização da sociedade. Vislumbra-se, que o processo de evolução tecnológica, economia massificada e os avanços científicos desestabilizam a demarcação

das esferas do direito público e do direito privado, as quais se tornam cada vez mais interligadas (TEPEDINO, 2005, p. 154).

Ocorre que esse processo de globalização se perdurou e continua até os dias atuais, tendo como principal atributo a busca por novos mercados, quebra de barreiras territoriais e o impulso pela produção das tecnologias de informação (FINCATO, 2014, p. 10). Destarte, reputa-se que a sociedade globalizada se pauta no modelo de crescimento econômico desenvolvido por Joseph Schumpeter. Schumpeter desenvolveu a teoria da destruição criadora, segundo a qual, o impulso fundamental que mantém e coloca em funcionamento o sistema capitalista é a produção de novos bens, serviços, métodos de produção, mercados e formas de organização, que são criados por meio do processo de inovação (SCHUMPETER, GARCÍA, 1983, p. 121).

Dessa forma, inovação tecnológica passa a ser o principal motor da estrutura social, desencadeando em uma absorção por parte de empresas, universidades e lares das novas tecnologias criadas no bojo do processo de inovação, o que acarretou uma readaptação nas relações jurídicas e sociais (GOULART, 2014, p. 22).

Há, então, uma transição da sociedade industrial para a sociedade informacional, tendo-se como principais traços dessa transição: a. o crescimento em nível social da classe média; b. o crescimento da tecnoestrutura em nível empresarial, tendo em vista que o novo cenário tecnológico exige que a empresa deixe de ter no seu controle organizacional um único empreendedor, para ser dirigida por um grupo de pessoas; c. o aparecimento de vários movimentos estudantis que contestavam a organização do trabalho capitalista, o sistema social, os valores alienados do lucro e do consumismo, entre vários outros valores próprios da sociedade industrial (DE MASI, 2014, p.530-531).

Assim sendo, principalmente o forte estímulo a inovação, atrelado ao seu caráter essencialmente dinâmico, fez emergir a denominada sociedade de informação, visto que a inovação

tecnológica acabou por determinar os novos moldes das relações sociais (CASTELLS, 2005, p. 17).

## **2 Conceito e características da sociedade informacional**

A partir dos anos 70 e 90, observa-se um estímulo cada vez mais intenso da inovação tecnológica, desencadeando o que muitos chamam de Revolução Informacional (VALLE, 2015, p.38). Tem-se que a inovação em sentido lato consubstancia-se no desenvolvimento de novas formas de produzir, aplicar e distribuir o conhecimento, dito de outro modo, o conhecimento não é só fator, como também produto do processo de inovação (MACIEL, 2005, p. 34).

Destarte, observa-se que a inovação poderá ocorrer em diversos campos do conhecimento, não por outra razão, chega-se a várias tipologias de inovação, tais como inovação jurídica, inovação econômica, inovação legislativa, e especificadamente a tratada no presente artigo, a inovação tecnológica. Nesta senda, vislumbra-se que a inovação tecnológica consiste na produção, aplicação e distribuição de novas tecnologias, tendo como efeito precípua a penetração de tais tecnologias nas diversas atividades praticadas na Sociedade, influenciando de modo demasiado os setores econômicos e sociais (RODOTÁ, 2008, p. 41-41).

Destarte, a inovação tecnológica fez emergir a designação da “sociedade de informação”, uma vez que tais inovações ensejaram uma transformação na organização social. A sociedade de informação, ou também denominada de sociedade em rede, consiste em uma estrutura social baseada e operada por tecnologias de comunicação e de informação, as quais por sua vez, são fundadas na microtecnologia e nas redes digitais de computadores, que geram, processam e distribuem informação do conhecimento acumulado nessas redes (CASTELLS, 2005, p. 17-20). Essa sociedade digital é pautada em uma internet mais rápida e ubíqua, graças à presença de sensores tecnológicos menores e mais eficazes e pela produção e aprimoramento da inteligência artificial (SCHWAB, 2016, p. 16).



A referida estrutura social caracteriza-se por ser veloz, onde tudo está acontecendo em um ritmo mais acelerado do que antes, e por ser ampla e profunda, já que é marcada por muitas mudanças radicais e simultâneas, o que gera por consequência a transformação completa de sistemas sociais, econômicos e jurídicos (SCHWAB, 2016, p. 42). Nesta senda, na sociedade de informação “a economia prevalece sobre a política, a velocidade prevalece sobre a lentidão, o virtual prevalece sobre o tangível, a mercantilização se estende dos bens materiais aos bens imateriais” (DE MASI, 2014, p. 541).

Desta maneira, a inserção de novas tecnologias no contexto social ocasionou uma mudança significativa no cenário econômico, que passou a ser centralizado na produção de serviços e não mais de produtos, assim a principal matéria prima dessa economia era a informação (VALLE, 2015, p.38-39).

O fator principal de caracterização dessa revolução tecnológica não é a centralidade do conhecimento e da informação, “mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento-comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso” (CASTELLS, 2005, p. 67).

Nesse íterim, a sociedade informacional possui como aspectos fundamentais a produção de bens imateriais, que têm como matéria prima a informação, exemplificativamente: serviços, informações, valores estéticos etc., e por consequência há uma prevalência dos setores econômicos de serviços em face dos setores de produção de bens materiais; há o surgimento dos sujeitos digitais, os quais já nascem familiarizados com as novas tecnologias e rompem com valores religiosos e sociais tradicionais e conservadores; a existência de novos conflitos sociais, que passam das lutas de classe econômicas para microconflitos, desafetos, *bullying* e etc. (DE MASI, 2014, p. 549). Há também o crescimento de empresas de bases tecnológicas e de grandes operações mundiais, como fusões, incorporações e privatizações (SIMÃO FILHO, 2007, p. 22).

Tem-se, que em razão do seu ritmo acelerado e das mudanças amplas e profundas dessa nova dinâmica social, extraem-se aspectos positivos e negativos da sociedade informacional. Sob um aspecto positivo, verifica-se que ela é representada por “maior disponibilidade de tempo livre, pela educação em massa, pelo acesso às informações, pela possibilidade de inventar novos materiais, novos objetos, novas necessidades, novos prazeres e estilos de vida” (DE MASI, 2014, p. 540). Afora isso, há um aprimoramento nos setores empresariais, pois as tecnologias de informação possibilitam uma melhor organização da atividade empresarial, bem como uma comunicação global entre empresas (SIMÃO FILHO, 2007, p. 22).

No entanto, tal sociedade é permeada pela inconstância e incerteza, constatando-se que se torna gradativamente maior os riscos do progresso tecnológico, o qual se torna cada vez mais acelerado e ameaçador de valores e direitos fundamentais primordiais (RODOTÁ, 2008, p. 41-41). Não por outra razão, reconhece-se que essa “nova sociedade” é também uma sociedade dos riscos, pois ameaça direitos fundamentais que, em primeira linha, são inconciliáveis com o crescimento econômico desenfreado. Questiona-se hoje como evitar, minimizar, canalizar e repartir a responsabilidade dos riscos de tal sociedade, frisando-se que os próprios agentes econômicos que se beneficiam e contribuem para a produção dos riscos da inovação serão afetados por eles (BECK, 1998, p. 25).

Desta maneira, sob um viés negativo, concebe-se que a sociedade informacional é desenvolvida nos moldes de um processo de inovação alicerçado apenas em leis mercadológicas. É o que Luc Ferry denomina de inovação destruidora, a qual recebe essa alcunha, visto que acarreta a obsolescência de produtos, modos de vida, profissões, organizações tecnicamente ultrapassadas, ou seja, tudo que não se readapta as modificações promovidas pelas tecnologias de informação (FERRY, 2015, p. 61).

A partir disso, é possível afirmar que a despeito do processo de inovação possuir aspectos positivos incontestáveis, esse também

é dotado de efeitos negativos, tal como o seu efeito de desestabilizar o plano econômico e social (FERRY, 2015, p. 17), uma vez que, a inovação “vestida” apenas dos aspectos positivos flexibiliza e até abole valores até então tradicionais e primordiais para o Estado Democrático de Direito, visto que esses são considerados arcaicos e inibidores do progresso tecnológico (FERRY, 2017, p. 61).

Nessa conjuntura, em termos de direito do trabalho há quem seja adepto da perspectiva otimista, considerando que a sociedade de informação fornece ao homem por meio do uso das tecnologias uma ajuda insubstituível, desencadeando a redução de um trabalho mental, bem como da fadiga física e propiciando maior tempo livre e um bem-estar crescente (DE MASI, 2014, p. 570). Dessa maneira, a tecnologia no ambiente de trabalho teria como escopo precípua facilitar e otimizar o fazer humano, economizando tempo e esforço humano, o que desencadearia em maior qualidade de vida (FINCATO, 2014, p.09).

Por outro lado, em uma análise dos riscos e do aspecto negativo da sociedade tecnológica, acredita-se que está se caminhando para um alto nível de desemprego, em razão da substituição do trabalho humano por tecnologias de informação sofisticadas (DE MASI, 2014, p. 540). Afora isso, tem-se que o ser humano não possui maior tempo livre em razão da facilitação do trabalho pelas novas tecnologias, ao contrário, “percebe-se que a tecnologia ao invés de permitir ao ser humano a ampliação de sua gama de conhecimentos e relacionamentos, quando conjugada ao trabalho nos padrões do capitalismo, leva o ser humano à hiperconexão” (FINCATO, 2014, p.15).

O certo é que a inovação tecnológica acarretou mudanças significativas no cenário econômico, jurídico e político, e como as relações trabalhistas perpassam por esses três cenários, elas foram sensivelmente afetadas pelas alterações da sociedade de informação.

### **3 A influência da revolução informacional nas relações de trabalho**

A sociedade de informação representou uma mudança em vários âmbitos do corpo social, sendo um desses âmbitos as relações de trabalho. Inicialmente, como já disposto no capítulo anterior, o traço essencial da referida sociedade é que o conhecimento adquire centralidade e isso reflete no âmbito trabalhista. Explica-se.

Com a inserção das tecnologias no ambiente de trabalho, as profissões repetitivas e mecânicas são delegadas para as máquinas, ampliando as profissões criativas e flexíveis, desencadeando um aumento de profissões mais intelectualizadas na sociedade digital. Nesse ponto, há quem considere que a tecnologia terá um efeito destrutivo sobre os empregos, pois ensejam o desaparecimento das profissões repetitivas e mecânicas, acarretando o desemprego de diversas pessoas que não se readaptam as novas profissões mais intelectualizadas (SCHWAB, 2016, p. 43). Note-se que as máquinas absorvem gradativamente o trabalho repetitivo, que requerem do ser humano atos de mera execução, de modo que aos trabalhadores restará apenas o monopólio do trabalho criativo (GOULART, 2014, p. 25).

Esse efeito destrutivo pode ser compreendido, tendo em vista que na sociedade informacional há duas espécies de agentes, os digitais e os analógicos. Os primeiros nascem no bojo da sociedade digital e por via consequencial já estão habituados com a informática e o virtual, dessa forma, possuem um comportamento otimista em relação à sociedade, nutrem fé no futuro e nas descobertas científicas, são também eles que quebram paradigmas construindo novos valores (DE MASI, 2014, p. 539).

Os sujeitos digitais, por conseguinte, já nascem no contexto de profissões mais intelectualizadas e flexíveis, ou ao menos são adaptáveis a essas profissões. Já os sujeitos analógicos, distintamente, tendem a ser pessimistas e não têm facilidade com a informática e as novas tecnologias, veem no progresso um motivador do desemprego e do consumismo exacerbado, defendem

dogmas tradicionais, como religião, o conceito tradicional de família brasileira etc. (DE MASI, 2014, p. 540).

Nessa perspectiva, há quem repute que se chegará a uma nova era do trabalho, e que os trabalhadores deslocados pelas novas tecnologias irão se readaptar e realocar suas habilidades em outros lugares, encontrando novos empregos, acredita-se que o efeito destrutivo da tecnologia é acompanhado de um efeito catalisador, “em que a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva à criação de novas profissões, empresas e até indústrias”. De modo oposto, pode-se conceber que se caminha para um “armagedon social e político, criando uma escala maciça de desempregos tecnológicos” (SCHWAB, 2016, p. 43).

Ao que parece são duas visões extremistas, que desaguiam em duas conclusões que não são excludentes entre si. Isso porque é certo que a inserção das novas tecnologias no cenário do trabalho demandará a criação de novas profissões e a obsolescência de outras, as quais não mais necessitarão do trabalho humano para serem executadas. Entretanto, os sujeitos analógicos que já executam essas profissões fadadas à obsolescência, para se readaptarem a sociedade digital, precisam ser instruídos e passarem por um processo de reeducação para tanto.

Outro grande impacto da sociedade de informação nas relações de trabalho é a dificuldade de distinguir entre o lugar e o tempo de trabalho e extratrabalho. Observa-se, que a facilidade de armazenamento, processamento e compartilhamento das informações por meio dos recursos tecnológicos, permite que o trabalhador acesse seu material de trabalho a qualquer momento e de qualquer lugar, além de ter a possibilidade de executar suas funções para além dos muros do seu estabelecimento de trabalho (DE MASI, 2014, p. 552).

Surge então, o que se chama de teletrabalho, o qual consiste em síntese no trabalho executado a distância através da utilização de telecomunicações. Oferta-se ao trabalhador que execute as suas funções trabalhistas tanto no interior do estabelecimento da

empresa, quanto à distância, ou em casa, em outra localidade, ou onde considere pertinente (VALLE, 2015, p. 39).

Afora isso, em razão da ausência de imprescindibilidade do trabalhador estar presente no estabelecimento do empregador, abre-se margem para que a pessoa execute várias funções simultaneamente, crescendo cada vez mais profissionais autônomos. Em razão dessa mudança, o sentido tradicional de trabalhador vai desaparecendo, visto que, se adquire cada vez mais liberdade de decidir em que trabalhar e para quem trabalhar, possuindo o indivíduo maior liberdade e independência. Assim, para muitos trabalhadores essa nova era representa a combinação ideal de mais liberdade, menos estresse e maior satisfação com o trabalho (SCHWAB, 2016, p. 53).

Nada obstante, há um efeito extremamente negativo dessa impossibilidade de se distinguir o lugar e o tempo de trabalho e extratrabalho, isso porque, a confusão entre o ambiente de trabalho e não trabalho está desencadeando no aparecimento de pessoas viciadas em trabalho, que não sabem utilizar as vantagens das novas tecnologias para reduzir o seu tempo de trabalho e ter mais tempo livre para o lazer e sua vida pessoal. Diferentemente, as pessoas passam a trabalhar ininterruptamente, ou seja, “trabalha-se excessivamente devido à descentralização e a falta de linhas limítrofes visíveis e definidas entre a vestimenta do trabalhador e do ser humano enquanto ser social, dotado de necessidades básicas como o descanso, cuidados próprios e a simples interação social” (GOULART, 2014, p. 31).

Observa-se que o ser humano não utiliza as facilidades das tecnologias para otimizar o seu trabalho e ter mais tempo livre para empregar em outras atividades. Nesse ponto, Domenico De Masi, ressalta

a quantidade e a qualidade do trabalho, a abstração, a virtualidade, a flexibilidade e a criatividade que o caracterizam cada vez mais, a possibilidade de desestruturá-lo no tempo e no espaço, a progressiva confusão com o estudo e com o tempo livre desviam a

atenção para o ócio e lhe conferem um valor novo. Na sociedade pós-industrial é impossível reduzir e melhorar o trabalho sem aumentar e melhorar o tempo livre (DE MASI, 2003, p. 297).

Nesse interim, o que ocorre é que os indivíduos em razão da sua hiperconexão estão virando verdadeiros escravos do trabalho (FINCATO, 2014, p. 10), afora isso, essa conexão excessiva faz com que o ser humano tenha o seu intelecto e sua cognição demasiadamente expostos e colocados a teste, já que esse se coloca em um papel integral de saber qualificar, localizar, separar e processar as informações úteis para a execução de tarefas vinculadas ao seu trabalho, gerando por via consequencial, o que na medicina se denomina de esgotamento cognitivo (GOULART, 2014, p. 29).

Outra consequência da sociedade informacional nas relações de trabalho é a atenuação da hierarquia entre chefes e funcionários, justificada em razão de maior liberdade e independência que os trabalhadores possuem e a modificação do padrão de jornada de trabalho e salário para metas e partilha. Em outros termos, na empresa não há pelo menos formalmente a figura do chefe e seus empregados, mas, sim colaboradores ou associados, tal cenário acaba por enfraquecer o sentimento de classe (FINCATO, 2014, p. 12).

Verifica-se ainda, como traço dessa sociedade a terceirização dos conflitos em razão da mudança de paradigma, uma vez que se passa da produção de bens materiais para a produção de serviços, de modo que a suspensão do trabalho afeta primeiro os usuários para em um segundo momento afetar os empreendedores, de modo contrário ao que ocorria na sociedade industrial (DE MASI, 2014, p. 558).

Assim sendo, essas são alguns dos vários influxos da sociedade tecnológica nas relações de trabalho. Note-se, que paulatinamente faz-se emergir uma nova organização do trabalho (DE MASI, 2014, p. 555), exigindo-se que se criem novas formas de contratos sociais e de trabalho que sejam adequados à mudança da lógica estrutural e evolutiva do trabalho (SCHWAB, 2016, p. 42).

Ao mesmo tempo é importante que haja uma reeducação dos indivíduos no sentido de saberem aproveitar ao máximo as potencialidades das tecnologias ao seu favor, de modo a ampliar e aperfeiçoar o tempo trabalhado, para que esse seja menos dispendioso e para que efetivamente tenham tempo livre para focarem em atividades de extratrabalho. Contudo, essa reeducação e readaptação só serão possíveis se o processo de inovação e progresso tecnológico da sociedade, leve em conta não apenas o critério mercadológico e o crescimento econômico quantitativo, pois, se assim for, a lógica sempre será a de trabalhar mais, não havendo distinção entre tempo de trabalho e não trabalho, para que se consuma mais e se progrida mais. Para tanto, é importante que haja o abandono do exclusivo crescimento ilimitado, cujo motor é a busca unicamente do lucro por parte dos agentes econômicos, pretendendo-se estruturar uma sociedade que viverá melhor trabalhando e consumindo menos (LATOUCHE, 2009, p.18).

Sob outra perspectiva, os denominados sujeitos analógicos precisam ter consciência da velocidade e amplitude da sociedade tecnológica, e extraírem as vantagens que ela tem para oferecer, para que se necessário passem por um processo de readaptação. Ressalta-se, que uma das grandes preocupações da sociedade informacional é que “os níveis de liderança e compreensão das mudanças em curso são baixos quando comparados com a necessidade, em resposta à evolução informacional” (SCHWAB, 2016, p. 42). Portanto, se não há como ir contra a evolução tecnológica, deve-se ter consciência dos seus riscos e das suas rupturas para que possa racionalmente fazer algo.

Nesse ponto, chama-se a atenção para a construção de um modelo jurídico que englobe as novidades ocorridas e previsíveis nas relações de trabalho (DE MASI, 2014, p. 555), com adaptações nas legislações trabalhistas para a realização de uma efetiva justiça social, não importando em desregulamentar o direito do trabalho, mas sim adequá-lo à modernidade e aos seus novos desafios (VALLE, 2015, p. 39).



Os processos de globalização têm exigido a construção de normas jurídicas para regularem as novas relações de trabalho que contam com trabalhadores mais independentes, com jornadas de trabalho mais flexíveis e com a produção de novos direitos, como por exemplo, o direito a desconexão (COIMBRA, 2015, p. 252). Por outro lado, não se deve desconsiderar que

o velho e o novo trabalho convivem, assim, não se pode afirmar que houve a superação do trabalho manufaturado pelo trabalho mecanizado, ou da sociedade industrial pela de conhecimento. Há que se pensar no porvir, sem tirar o olho do atual (e do que se pensa) pretérito (FINCATO, 2014, p.16).

Constata-se irremediavelmente que na nova sociedade globalizada, para que o direito possa sobreviver em um mundo denominado pelas leis ferrenhas da economia e da inovação tecnológica, faz-se imprescindível que o produto das normas que vão regular as relações na sociedade globalizada decorra do diálogo entre direito, tecnologia, sociedade, política, economia entre tantos outros setores que constroem o contexto social. Faz-se imprescindível a reconstrução de valores constitucionais e direitos fundamentais, a partir desse novo paradigma, para que eles possam ser efetivados, e não ao contrário, serem afastados por supostamente serem contraditórios ao progresso (RODOTÀ, p. 105-121, 2014).

Assim sendo, é necessário que haja uma formulação de normas jurídicas que possibilite a participação de todos os sujeitos interessados no processo de progresso da sociedade, inclusive os afetados por ele, a exemplo dos trabalhadores. Conclui-se, ademais, que nessa sociedade globalizada, para que o direito consiga ser efetivo, deve-se primar não por legislações nacionais, mas, multinacionais (RODOTÀ, p. 5, 2005). Por conseguinte, concebe-se que “o mundo precisa de uma narrativa coerente, positiva e comum que descreva as oportunidades e os desafios do que se denomina também de quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2016, p. 42).

## Conclusões

A inovação tecnológica consiste em um verdadeiro mecanismo de progresso social, dessa forma, a sociedade não só molda o processo de inovação, como é ela própria definida por ele, por derradeiro, a partir do desenvolvimento das novas formas de produzir e aplicar o conhecimento na seara tecnológica, se fez emergir a sociedade de informação. Tal sociedade, em razão da sua velocidade, amplitude e profundidade, é caracterizada por ser uma sociedade do risco, por vezes, ameaçadora de direitos fundamentais, a exemplo do direito dos trabalhadores.

Note-se que ela acarretou diversas mudanças nas relações de trabalho, desencadeou o aumento de profissões mais intelectualizadas, o desaparecimento gradativo de profissões que demandam trabalho repetitivo e mecânico, os quais são delegados para máquinas, acarretou o aparecimento do teletrabalho e a dificuldade de se diferenciar o tempo e lugar do trabalho e do extratrabalho.

Percebe-se, que há quem vislumbre nas novas tecnologias verdadeiros facilitadores do trabalho humano, acarretando maior tempo livre e um alto bem-estar social. Sob outro véis, verifica-se que em verdade, tais tecnologias estão propiciando um modelo neoescravista, em razão de um indivíduo hiperconectado.

Destarte, é importante que o direito acompanhe as modificações da sociedade tecnológica nas relações de trabalho, de modo a conciliar a antiga organização de trabalho baseada na sociedade industrial, com a nova organização, pautada na sociedade tecnológica. Para tanto é importante que haja uma nova interpretação de inovação tecnológica, pautado não só no desenvolvimento em termos quantitativos, mas também qualitativos, bem como primando pelo diálogo dos agentes econômicos e sociais envolvidos e por legislações internacionais.

## Referências

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede** - Do conhecimento à acção política. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 17- 30.
- COIMBRA, Rodrigo. **As novas tecnologias e o meio ambiente do trabalho**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et al.* (org). O impacto das novas tecnologias nos direito fundamentais. Joaçaba, SC: Unoesc, 2015.
- DE MASI, Domenico. **O futuro chegou**. Tradução Marcelo Costa Sievens.- 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.
- DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 7 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2003.
- FACCHINI NETO, Eugênio. “**Reflexões histórico- evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2003, p. 11/60.
- FERRY, Luc. **A Inovação Destruidora - ensaio sobre a lógica das sociedades modernas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: da pesquisa à banca. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014.
- FINCATO, Denise. **Trabalho e tecnologia: reflexões**. In: FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (org). *Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2014.
- GOULART, Lucas Moser. **Aspectos do trabalho na sociedade “dita” digital**. In: FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (org). *Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2014.
- LATOUCHE, S. **Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACIEL, Maria Lucia. Ciência, tecnologia e inovação: ideias sobre o papel das ciências sociais no desenvolvimento. **Revista Parcerias Estratégicas**, v.10, n.21, 2005, p.34.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Cual derecho para el nuevo mundo. **Rev. Derecho Privado**. Bogotá, v. 9, p. 5-20, jul./dez. 2005. Disponível em: [redalyc.org/pdf/4175/417537584001.pdf](http://redalyc.org/pdf/4175/417537584001.pdf). Acesso em: 20 jul. 2018.

RODOTÀ, Stefano. Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación. **Derecho PUCP**. Lima, v. 57, p. 105-121, 2004. Disponível em: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10328](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10328). Acesso em: 20 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHUMPETER, Joseph Alois; GARCÍA, José Díaz. **Capitalismo, socialismo y democracia**. Barcelona: Orbis, 1983.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda - São Paulo: Edipro, 2016.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sociedade de informação e seu lineamento jurídico**. In: PAESANI, Liliana Minardi (org). O direito na sociedade de informação. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. “A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas”. **Revista da AJURIS**, v.100 (edição histórica). Porto Alegre: AJURIS, dez/2005.

VALLE, Fernanda Dalla. **A sociedade moderna e a tecnologia à luz do Direito do Trabalho**. In: FINCATO, Denise; MATTE, Mauricio; GUIMARÃES, Cíntia (org). Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2014.



## **Resilição do contrato de trabalho por mútuo acordo e a (in)constitucionalidade do pagamento à metade do aviso prévio indenizado**

*Diego Sena Bello*<sup>1</sup>

*Fernando Augusto Melo Colussi*<sup>2</sup>

### **Introdução**

No final de 2017, sob a justificativa da modernização da legislação trabalhista, entrou em vigor a Lei n. 13.467/17, também chamada de Reforma Trabalhista, a qual trouxe diversas inovações no âmbito trabalhista. Dentre essas, aquela a qual a presente pesquisa se dedica, a saber: a inclusão no ordenamento jurídico da denominada resilição por mútuo acordo – de natureza civilista – à esfera trabalhista.

A referida modalidade de extinção do contrato de trabalho, cuida-se, portanto, de hipótese em que o empregado e o empregador, decidem, de forma bilateral e em comum acordo, pôr fim ao contrato de trabalho, encerrando, assim, o vínculo empregatício. Gize-se, entretanto, que, para as hipóteses de rescisão

---

<sup>1</sup> Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1036090995173836>. E-mail: [dsb.bello@gmail.com](mailto:dsb.bello@gmail.com).

<sup>2</sup> Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Ministério Público (FMP). Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4892824176852963>. E-mail: [fernando.colussi@hotmail.com](mailto:fernando.colussi@hotmail.com).

por mútuo acordo, a própria norma celetista dispõe que será devido ao empregado metade da indenização relativa ao FGTS e metade do aviso prévio, se indenizado, bem como que as demais verbas rescisórias, deverão ser pagas na integralidade e o empregado poderá movimentar até 80% dos valores depositados na sua conta vinculada do FGTS, mas não terá direito ao seguro-desemprego.

No tocante ao direito ao aviso prévio, quando indenizado, é relevante observar que a Constituição Federal no art. 7º, XXI, garante a todos os trabalhadores o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo esse de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Portanto, o problema da presente pesquisa está justamente no cotejo entre as disposições da CLT, no que tange ao pagamento pela metade do aviso prévio nos casos de rescisão por mútuo acordo, à luz da garantia constitucional prevista no dispositivo supracitado, garantia essa que é, sem dúvidas, direito fundamental social.

Desta forma, propõe-se delinear aspectos gerais da rescisão por comum acordo (também chamada de “distrato”), assim como apresentar o instituto do aviso prévio, lançando mão de conceitos e do seu histórico no ordenamento jurídico brasileiro.

Apresentados os institutos acima, será demonstrada a existência de eventuais conflitos que o novel artigo 484-A da Consolidação das Leis Trabalhistas pode ter com a Constituição Federal, em especial, no que tange ao pagamento do aviso prévio pela metade, direito este elencado no inciso XXI do artigo 7º da Carta Magna.

Dessarte, para melhor apreciação do objeto em discussão, lança-se mão do método de abordagem hipotético-dedutivo, auxiliado pelos métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista. Como método de interpretação tem-se o sistemático, seguindo-se as lições de Juarez Freitas.

Por fim, insta observar que com o estudo ora apresentado, espera-se contribuir à reflexão do tema, afastando dúvidas interpretativas e auxiliando na depuração hermenêutica do instituto em si.

## **1 Resilição por comum acordo como forma de extinção do contrato de trabalho**

Até a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, era considerado corriqueiro que o fim do contrato de trabalho fosse feito mediante um ajuste firmado entre o empregado e o empregador, em completo desacordo com o ordenamento jurídico – que, até então, não previa essa possibilidade desta modalidade de término contratual na seara juslaboralista. Assim, o empregado que, por alguma razão alheia às condições do contrato de trabalho (ou seja, sem que tenha havido uma justa causa que o motivasse buscar seu término), demonstrava o ânimo de ver este extinto, ao mesmo tempo em que para ele não se mostrava atraente a ideia de abdicar de uma série de verbas trabalhistas que lhe seriam devidas na hipótese de dispensa sem justa causa (quais sejam, saldo de salários, aviso prévio trabalhado ou indenizado, 13º salário proporcional, férias vencidas, se houver, e proporcionais acrescidas de 1/3, e multa de 40% sobre o saldo do FGTS) e, inclusive, do benefício do seguro-desemprego, caso preenchidos os demais requisitos ao seu gozo.

Assim, para que o empregado pudesse ter, ao menos, acesso à movimentação da sua conta vinculada do FGTS e ao seguro-desemprego, ele e o empregador aparentavam proceder com uma dispensa sem justa causa (quando, em verdade, se tratava de pedido de demissão) e, em contrapartida, aquele devolvia a este o valor respectivo à multa de 40% sobre o FGTS, ou pagava ao último verbas rescisórias que lhe foram pagas (integral ou parcialmente, de acordo com o ajustado entre as partes). Tal cenário, contudo, além de representar fraude e simulação da extinção contratual para viabilizar o saque de valores da conta vinculada do FGTS, repercute, ainda, na seara penal, uma vez que a conduta aqui narrada é tipificada como crime de estelionato (já que, justamente diante desta simulação, estar-se-á acessando e movimentando valores da conta vinculada fora das hipóteses previstas em lei para tanto, prejudicando, assim, o aspecto social do programa do FGTS,



estritamente ligado aos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, nos termos da respectiva lei).

Visando coibir esse cenário, e à luz da adequação da legislação ao praticado nas relações trabalhistas – afinal, haviam situações nas quais as partes buscavam a rescisão de comum acordo, mas tal possibilidade era vedada pelo ordenamento (NAHAS; PEREIRA; MIZIARA, 2017) –, foi incorporado na seara laboral a hipótese da rescisão por comum acordo (ou “distrato”), previsto no artigo 484-A da CLT<sup>3</sup>, até então mais comumente aplicada no direito civil. Trata-se, assim, de um acordo firmado entre as partes do contrato de trabalho para extingui-lo ou, como afirma Martins (2017), é a pactuação entre o empregado e empregador para por fim ao vínculo que os une.

Aqui, porém, mister fazer breve parêntese. Verdade que, como dito, a rescisão por mútuo acordo se trata de inovação trazida pela Lei 13.467/17. Todavia, é equivocado apontar que o direito do trabalho era completamente estranho à esta forma de extinção contratual: a rescisão já se fazia presente nos contratos de atletas (até a revogação desta possibilidade pela Lei 12.395/11) e, de certo modo, os programas de incentivo à demissão voluntária (chamados “PDVs”) também envolviam um certo ajuste entre as partes do contrato para por fim à relação empregatícia entre eles havida

---

<sup>3</sup> Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 10 do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º. A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º. A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

(mediante pagamento de indenizações e parcelas das verbas rescisórias, conforme o ajustado) (CASSAR; BORGES, 2017).

De todo modo, gize-se que a novel legislação ampliou as possibilidades de aplicação da resilição por mútuo acordo no direito do trabalho, impondo, inclusive, requisitos legais a serem obedecidos nesta hipótese. Portanto, a própria norma celetista informa que será devido ao empregado metade da indenização relativa ao FGTS e metade do aviso prévio, se indenizado. No que tange às demais verbas rescisórias, deverão ser pagas na integralidade. Ainda, o empregado poderá movimentar até 80% dos valores depositados na sua conta vinculada do FGTS, e não terá direito ao seguro-desemprego (afinal, não se trata de desemprego involuntário).

Doutra banda, em que pese ser um instituto novo (ao menos, da forma como que apresentado) no direito laboral, por óbvio que ele deve atender aos demais requisitos de validade dos negócios jurídicos que, nesta seara, ganham maior densidade, face à hipossuficiência inerente à figura do empregado, como bem aponta Delgado (2018) – com a ressalva do chamado empregado “hipersuficiente”<sup>4</sup>, outra inovação da Lei 13.467/17. Assim, se a norma celetista já prevê proteção ao trabalho do menor quando, por exemplo, impõe a necessidade de assistência para dar quitação ao contrato de trabalho<sup>5</sup>, não há razão aqui para se dispensar essa hipótese (e, tanto o é, que o legislador não criou impedimento ou requisito adicional para o distrato envolvendo menores).

Um ponto, porém, que merece destaque é a forma do distrato. Tem-se que, se considerado o distrato um contrato acessório do contrato principal (que é o contrato de emprego), a forma do acessório seguirá a do principal, como bem pontua Franco (2011).

---

<sup>4</sup> Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>5</sup> Art. 439 - É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

Consabido também é que o contrato de trabalho não possui forma estipulada em lei<sup>6</sup>, salvo pontuais exceções (como o contrato de trabalho intermitente, por exemplo<sup>7</sup>). Entretanto, quando se tratar de rescisão por mútuo acordo, a forma livre dos contratos dá lugar a um maior formalismo, uma vez que, ainda quando tácito, o contrato de trabalho permanece submisso a normas imperativas de proteção às condições laborais (DELGADO, 2018), como a própria norma celetista também indica no *caput* do artigo 444, *in verbis*:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Na mesma toada, princípios que aqui se destacam, como o da continuidade da relação de emprego, impõem uma série de ônus probatórios ao empregador, consoante entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho<sup>8</sup> (BOMFIM, 2017). Assim, tem-se que, para além da proteção ao empregado, uma formalidade mais rigorosa aqui se mostra como ferramenta capaz a demonstrar até o mútuo consentimento que é inerente ao distrato.

Superadas estas questões introdutórias concernentes à rescisão por mútuo acordo, passa-se à análise dos pontos mais procedimentais desta hipótese de extinção do contrato de trabalho.

Como pontuado alhures, ao empregado são devidas, pela metade, a indenização do FGTS (aqui, mister destacar que o

---

<sup>6</sup> Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

<sup>7</sup> Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

<sup>8</sup> Súmula nº 212 do TST. DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

empregado poderá movimentar até 80% dos valores disponíveis na sua conta vinculada) e pagamento do aviso prévio, quando indenizado; ao passo que as demais verbas resilitórias serão pagas na integralidade. Por não se tratar de desemprego involuntário<sup>9</sup> – já que por mútuo acordo –, não se fala em acesso ao programa de seguro-desemprego aqui.

O que se destaca, porém, e de acordo com o escopo do presente estudo, é o pagamento à metade do aviso prévio indenizado. Quando em confronto com o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (que prevê um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de, no mínimo, trinta dias)<sup>10</sup>, revela-se flagrante inconstitucionalidade da resilição por comum acordo, neste ponto, nos termos em que descrita no artigo 484-A da CLT, quando não atendido esse mínimo previsto na Carta Magna. Em que pese não ter sido alvo de debates e estudos pela jurisprudência ou pela doutrina, entende-se que a norma celetista encontraria óbice para sua integral aplicação, no aspecto aqui delineado (que, vale gizar, se refere apenas às hipóteses de aviso prévio indenizado, não possuindo relevância ao debate quando o aviso for trabalhado).

## **2 Aviso prévio: breve histórico e considerações gerais**

O aviso prévio é consiste, segundo ensina a doutrina, na comunicação prévia que uma parte dá a outra de que não mais pretende continuar com a relação até então existente, sob pena de pagar indenização substitutiva. Nessa linha, inclusive, segue a lição

---

<sup>9</sup> Art. 2º O programa do seguro-desemprego tem por finalidade:

I - prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo;

<sup>10</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2009, p. 659-660) para quem: “O aviso-prévio pode ser conceituado como a comunicação que uma parte faz à outra, no sentido de que pretende findar o contrato de trabalho”.

Sobre o tema, complementa Maurício Godinho Delgado, no sentido de que o aviso prévio é um:

[...] instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso. (DELGADO, 2015, p. 1272)

Insta observar, ademais, que encontramos, segundo ensina Sergio Pinto Martins (2014, p. 346), nas corporações de ofício a primeira menção ao aviso prévio, o qual tinha o intuito de vedar o abandono do trabalho sem uma comunicação prévia ao mestre. Contudo, não havia reciprocidade, de tal sorte que o mestre, se não mais possuísse interesse na manutenção da relação, não estava obrigado a avisar previamente o trabalhador.

Todavia, é importante frisar que o instituto do aviso prévio não tem sua origem no Direito do Trabalho, sendo, na verdade, um instituto importado de outros ramos do Direito. A primeira disposição acerca do aviso prévio na ordem jurídica brasileira ocorreu com o art. 81 do Código Comercial de 1850.<sup>11</sup> Posteriormente, com o Código Civil de 1916 o legislador novamente abordou o tema, dispondo, no art. 1.221, que “Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato ou do

---

<sup>11</sup> “Art. 81. Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com um mês de antecipação.

Os agentes despedidos terão direito a salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço.”

costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.” (BRASIL, 1916).

Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho o instituto surgiu na legislação somente em 1935 pela redação do art. 6º da lei 62/1935, o qual, entretanto, garantia o direito ao pré-aviso somente ao empregador, haja vista que era exigido somente do empregado que fornecesse o aviso prévio em favor do seu empregador.

A referida situação restou alterada com a entrada em vigor da CLT, a qual trouxe disposições expressas (nos art. 487 a 491 da CLT) acerca do aviso prévio, de tal sorte que o instituto passou a ser recíproco, ou seja, o aviso prévio tornou-se, também, um direito do empregado (CASSAR, 2017).

Na sequência, com a promulgação da Constituição de 1988, pela primeira vez, o instituto do aviso prévio passou ter respaldo constitucional no âmbito dos direitos fundamentais sociais, haja vista estar arrolado no inciso XXI do art. 7º da Carta Magna.<sup>12</sup> No referido dispositivo constitucional há, por expressa previsão do constituinte, a garantia de o aviso prévio ter o prazo mínimo de 30 (trinta) dias.

Nota-se com a Constituição de 1988 uma tendência do constituinte em proteger os direitos sociais, o que, segundo a lição de Amauri Mascaro Nascimento deveu-se ao fato de que a efetivação e tutela dos direitos sociais (por isso com *status* de direitos fundamentais) é relevante para a realização da justiça social (NASCIMENTO, 1991).

Acerca da norma constitucional em questão, é importante salientar, em razão do problema objeto da presente pesquisa, que o constituinte garantiu o direito ao aviso prévio mínimo de 30 dias, o qual, em razão da sua natureza de direito social fundamental, possui aplicação imediata, cabendo a lei apenas regulamentar no que tange

---

<sup>12</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

a proporcionalidade por tempo de serviços, o que, por óbvio, deve respeitar o mínimo supracitado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2016).

No que tange a definição jurídica no âmbito da doutrina trabalhista, há três correntes que merecem destaque, quais sejam:

A primeira corrente sustentada, por exemplo, por Arnaldo Sussekind (2002), defende que o aviso prévio é uma declaração unilateral receptícia, assim identificada porque somente gera efeitos quando o destinatário toma conhecimento de seu conteúdo. Trata-se, na verdade, de um instrumento por meio do qual um dos integrantes da relação jurídica informa a outra parte da relação de uma específica intenção de extinguir a relação, ou seja, em síntese, o aviso prévio é uma notificação/declaração seguida de um prazo mínimo legal preestabelecido.

A segunda corrente, a qual é defendida por Luciano Martinez (2018, p. 632), advoga que o aviso prévio consiste no instrumento de transformação do contrato por prazo indeterminado em determinado, ou seja, faz com que o referido contrato assuma características de um contrato a termo.

Por fim, a terceira e última vertente defende que o aviso prévio é um lapso temporal fixado por lei que deve ser observado entre a denúncia do contrato e sua efetiva terminação. Nessa linha segue a doutrina de Volia Bomfim Cassar (2017, p. 1023), por entender que o conceito de aviso prévio não pode ser o mesmo de despedida, haja vista que a despedida seria a declaração unilateral de que não tem mais interesse na continuidade do contrato e o aviso prévio, por sua vez, é apenas o prazo obrigatório que deve ser observado entre a denúncia e a efetivação dos efeitos.

Gize, outrossim, que no âmbito do direito internacional também há previsão expressa acerca do direito ao aviso prévio, conforme disposto no art. 11 da Convenção 158 da OIT (a qual foi ratificada e depois denunciada pelo governo brasileiro), que preceitua, *in verbis*:

O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982)

Conforme mencionado alhures, no âmbito constitucional o aviso prévio está previsto no inciso XXI, do art. 7º com a seguinte redação: “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). Portanto, a luz da primeira parte do artigo, tem-se que o direito ao aviso prévio dar-se-ia de forma proporcional ao tempo de serviço, bem como que essa proporcionalidade seria regulamentada por lei.

Assim, em meados de 1989 foi elaborado pelo legislativo um projeto de lei para dispor acerca da referida proporcionalidade, contudo permaneceu sem movimentação por longo período, sendo que o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos Mandados de Injunção sobre o tema tinha uma posição totalmente tímida, haja vista que apenas instigava o poder legislativo para procedesse a efetiva normatização da matéria, o que não ocorria.

Entretanto, com o passar dos anos o STF começou a mudar sua percepção em relação aos Mandados de Injunção, dando-se conta de que poderia adotar medidas normativas provisórias como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais por parte do legislativo, como ocorreu, por exemplo, com o Mandado de Injunção que versava sobre a aplicação da lei de greve aos servidores públicos civis. Destarte, em 2011 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento dos Mandados de Injunção nº 943, 1.010, 1.074 e 1.090, no qual restou reconhecida como injustificável a omissão do congresso em legislar sobre a proporcionalidade do aviso prévio em relação ao tempo de serviço, bem como a necessidade de encontrar modelos para suprir essa lacuna.



Nesse cenário, o Poder Legislativo deu andamento ao projeto de Lei de 1989, PL nº 3.941/1989, o qual, então, foi aprovado e resultou na Lei 12.506/2011, a qual regulamenta a questão da proporcionalidade do aviso prévio.

A partir da análise da referida norma jurídica, nota-se que o legislador, ciente do comando constitucional de que o aviso prévio não poderia ser menor do que 30 (trinta) dias, disciplinou a proporcional, em favor do empregado, concedendo 03 (três) dias para cada ano de efetivo labor em favor do empregador, o qual computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa.

É indiscutível que o comando constitucional é o balizador da atividade legislativa do Estado, assim, no que se refere ao direito fundamental em exame, a observância do mínimo de 30 dias é medida que se impõe, tal como foi observado pelo Legislador na redação da norma que trata da proporcionalidade. Ocorre, contudo, que no tocante ao aviso prévio no caso das rescisões por comum acordo, instituídas na ordem jurídica pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), o legislador infraconstitucional expressamente dispôs que o aviso prévio será indenizado pela metade, vide art. 484-A, inciso I, alínea “a”.<sup>13</sup>

Desse modo, analisar a relação a (in)compatibilidade do pagamento do aviso prévio indenizado à metade previsto no dispositivo legal supracitado em face da garantia constitucional prevista no art. 7º, XXI, da Constituição Federal é suma relevância para a busca da segurança jurídica tão necessária para o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil. Por isso, passa-se a análise da questão no item a seguir.

---

<sup>13</sup> Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

### **3 (In)compatibilidade do pagamento do aviso prévio indenizado à metade com o artigo 7º, XXI, da CF**

É importante destacar, inicialmente, que o instituto do aviso prévio proporcional, a partir da interpretação do texto constitucional, consiste em um direito do trabalhador empregador, haja vista que, conforme ensina Gilberto Stürmer (2014, p. 63), o inciso XXI é corolário lógico do *caput* do art. 7º, o qual trata especificamente dos direitos dos trabalhadores.

Gize-se, contudo, que o constituinte ao trazer a previsão do aviso prévio na ordem constitucional, o fez de forma limitada, haja vista que o instituto não foi previsto com aplicabilidade direta e imediata, se tratando, portanto, de uma norma constitucional de eficácia limitada. Sobre o tema é pertinente esclarecer no que consiste uma norma constitucional de eficácia limitada.

Inicialmente, gize-se que essa classificação, segundo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, (2016, p. 256) decorre da teoria tricotômica da eficácia de José Afonso da Silva, a qual divide as normas constitucionais em três grupos, a saber: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Acerca das normas de eficácia limitada, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 256) que são aquelas que se caracterizam “essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si sós e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa.

Nessa esteira, pertinente também a definição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 106), para quem:

O terceiro grupo de normas constitucionais compõe a classe das normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida). Estas somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes

constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.

Ocorre, entretanto, que a norma constitucional apresenta um balizador para a atuação do legislador infraconstitucional, na medida que a redação do inciso XXI, do art 7º, é clara quando dispõe que o prazo mínimo de aviso prévio será de 30 (trinta) dias. Dessarte, não poderia, salvo melhor juízo, o legislador dispor de maneira diversa, ou seja, trazer disposições que tornem o aviso prévio menor do que o garantia constitucional.

Assim, no que tange especificamente ao distrato na seara trabalhista, incluído na ordem jurídica brasileira pelo art. 484-A da CLT (redação dada pela Lei 13.467/2017), gize-se que o mesmo vem sendo duramente criticado pela doutrina em diversos aspectos.

Inicialmente, sua própria aplicabilidade no Direito do Trabalho deve ser, como aponta Delgado (2018), questionada, haja vista a impossibilidade de transação de direitos trabalhistas considerados indisponíveis – considerando a condição de hipossuficiente que o empregado ostenta, além da delicada situação de término do vínculo empregatício.

O aviso prévio, por certo, trata-se de direito indisponível do empregado, o qual, inclusive, integra o rol dos direitos fundamentais sociais. Acerca dos direitos fundamentais, é importante salientar que assim são considerados aqueles direitos reconhecidos e positivados em âmbito constitucional de determinado Estado, sendo que a doutrina define direitos fundamentais como aquelas garantias jurídicas inerentes às pessoas (naturais ou jurídicas) que se encontram positivadas em âmbito constitucional de forma expressa ou implicitamente, restando, portanto, indisponíveis aos poderes constituídos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2016, p. 473).

Alerta, Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 473), contudo, que também podem ser considerados direitos fundamentais aquelas posições jurídicas que “por seu conteúdo e significado, possam lhe

ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.”. Inclusive, reforça esse argumento a redação do art. 5º, §2º da Constituição,<sup>14</sup> a qual representa para alguns autores a abertura do catálogo dos direitos fundamentais.

Ademais, vale destacar que um direito para ser fundamental, segundo uma parcela da doutrina, deve estar intimamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, leciona Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 21) afirmando que o princípio da dignidade da pessoa humana poderia ser considerado o elemento proliferador dos direitos fundamentais.

É, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana o critério basilar, mas não exclusivo, para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, servindo, por conseguinte, como elemento proliferador de direitos fundamentais.

Desse modo, repisa-se que o direito ao aviso prévio é um direito fundamental inerente ao trabalhador empregado, o qual caracteriza como um direito indisponível dos mesmos, sendo que o seu exercício pode ensejar conflitos com outros direitos de igual proteção constitucional e, por conseguinte, ser objeto de restrição, na medida em que até mesmo os direitos fundamentais formalmente ilimitados podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível para a garantia de outro direito fundamental.

Sobre a restrição dos direitos fundamentais, ensina Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 296), *in verbis*:

Os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)

---

<sup>14</sup> Art 5º, §2º da CF - § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 599), por sua vez, entende que os limites aos direitos fundamentais são aquelas ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o gozo do direito fundamental, contudo, alerta que as eventuais limitações sofridas pelos direitos fundamentais devem guardar relação (formal e material) com a Carta Magna.

No plano formal, há uma investigação da competência do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Por outra banda, o controle material vincula-se à observância de três variáveis, quais sejam: a) a observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão; b) a observância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; e c) a proibição do retrocesso.

Sobre o princípio da proporcionalidade, o mesmo costuma ser desdobrado em três subprincípios, a saber:

- a) Adequação ou conformidade: consiste em um controle de viabilidade, no sentido de verificar se o fim almejado será alcançado por aquele determinado meio;
- b) Necessidade ou exigibilidade: se aquele é o meio restritivo menos grave para o direito objeto da restrição; e
- c) Proporcionalidade em sentido estrito: busca identificar se as vantagens são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais.

Acerca do denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais, cabe consignar que há controvérsia na doutrina, sobressaindo duas correntes que devem ser aqui destacadas.

A primeira, denominada de teoria absoluta que trata o núcleo essencial como um espaço interior do direito fundamental totalmente livre da atuação do Estado, ou seja, insuscetível de limitação por parte do legislador, independentemente da análise do caso concreto. Por outro lado, para a teoria relativa o núcleo essencial deve ser definido de acordo com as particularidades do

caso concreto, tendo em vista o objetivo da norma de caráter restritivo. (MENDES; BRANCO, 2012).

Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p. 576), por sua vez, defende que essa garantia aponta “para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso de ser reconhecível como um direito fundamental.”. Assim, diz-se que, com base na ideia do núcleo essencial, existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que, por conseguinte, estão imunes à ação do Poder Público e, portanto, seguem à disposição do titular do direito.

Assim, ao possibilitar que o empregado abra mão do seu direito quando do término da relação de trabalho com vistas é extremamente grave na medida em que representa a atuação de uma norma infraconstitucional que suprime um direito constitucional do trabalhador empregado, qual seja, o aviso prévio de no mínimo 30 (trinta) dias.

Portanto, tem-se que, ao menos de início, o padrão decisório a ser adotado pela jurisprudência deverá se pautar pela hermenêutica à luz da Constituição, de sorte a permitir o pagamento à metade do aviso prévio indenizado apenas nas hipóteses em que este for maior que a garantia mínima constitucional.

Por derradeiro, cumpre gizar que a norma é clara em apontar que a redução à metade do aviso prévio somente se dará quando este for indenizado. Assim, não aplicar-se-á o ali disposto nas situações previstas no artigo 488 da CLT (quais sejam, de redução ou abatimento no horário diário ou de 7 dias contínuos), ou, menos ainda, quando se tratar de aviso prévio trabalhado.

## **Conclusão**

A realidade brasileira, antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, demonstrava que a rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo já vinha ocorrendo as margens da ordem jurídica, haja vista que, conforme mencionado alhures, era corriqueiro que o

fim do contrato de trabalho fosse feito mediante um ajuste firmado entre o empregado e o empregador, os quais simulavam uma despedida sem justa causa, na qual o trabalhador, por exemplo, tinha o dever de devolver o valor referente à multa de 40% do FGTS, ficando com o benefício do seguro desemprego, o saque do FGTS e o recebimento das parcelas rescisórias.

Destarte, com o intuito de regulamentar a questão e coibir fraudes, foi incorporado na seara laboral a hipótese da rescisão por comum acordo (ou “distrato”), previsto no artigo 484-A da CLT, até então mais comumente aplicada no direito civil. Todavia, ao regulamentar a matéria, o legislador reformista dispôs que o aviso prévio será pago à metade, quando indenizado.

Entretanto, analisando a disposição legal supracitada em confronto com o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, a qual garante aos trabalhadores um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de, no mínimo, trinta dias, revela-se flagrante inconstitucionalidade da rescisão por comum acordo, neste ponto, nos termos em que descrita no artigo 484-A da CLT.

Gize-se que o instituto do aviso prévio proporcional, a partir da interpretação do texto constitucional, consiste em um direito fundamental dos trabalhadores, bem como que a norma constitucional apresenta um balizador para a atuação do legislador infraconstitucional, na medida que a redação do inciso XXI, do art. 7º, é clara quando dispõe que o prazo mínimo de aviso prévio será de 30 (trinta) dias.

Mister observar, ainda, que a própria aplicabilidade da rescisão por mútuo acordo deve ser questionada no âmbito do Direito do Trabalho, uma vez que é incontroversa a impossibilidade de transação de direitos trabalhistas considerados indisponíveis, o que decorre da condição de hipossuficiente que o empregado ostenta, além da delicada situação de término do vínculo empregatício.

Assim, entende-se que o aviso prévio, por certo, trata-se de direito indisponível do empregado, o qual, inclusive, integra o rol

dos direitos fundamentais sociais e, como tal, não é passível de transação. Ademais, sendo a força de trabalho um bem social que deve ser protegido, o instituto tem posição de destaque como condição resolutiva obrigatória para as despedidas sem justo motivo do empregado ou do empregador. Referida condição tem o papel de permitir que o a parte possa buscar uma reposição, seja o trabalhador em um novo posto de trabalho ou o empregador de um novo empregado antes da cessação efetiva da prestação de trabalho.

Destarte, salvo melhor juízo, a interpretação sistemática do art. 484-A da CLT à luz da Constituição exige a observância do prazo mínimo de 30 (trinta) dias, inclusive por se tratar de um direito irrenunciável do trabalhador. Por fim, registre-se que a presente pesquisa não se encerra nessas considerações, mas, na verdade, serve como ponto de partida para novas linhas e estudos diante da relevância do problema na sociedade atual.

## Referências

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990**. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7998compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998compilado.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º, inciso XXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 589-592.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. **CLT comparada urgente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017– artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



## **Trabalho infantil e ciclo intergeracional da pobreza sob a ótica da teoria da proteção integral instituída com a Constituição Federal de 1988**

*Maria Victória Pasquoto de Freitas*<sup>1</sup>

*Rafael Bueno da Rosa Moreira*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O trabalho infantil ainda é um problema no Brasil, trazendo diversos malefícios quando de sua exploração, fazendo com que crianças e adolescentes sejam inseridas precocemente no âmbito laboral, mediante extensas jornadas de trabalho em condições indignas, retirando seu direito a infância, saúde, educação, lazer e demais necessidades para o desenvolvimento integral.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Bolsista de Iniciação Científica do Programa Institucional de Iniciação Científica – PIIC da URCAMP; Integrante do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas, vinculado ao curso de Direito da URCAMP. Integrante do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos países do MERCOSUL (GEDIHCA/ URCAMP). Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8784232998612359>. Endereço eletrônico: victoriapasquoto@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito com Bolsa Prospecapes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Coordenador do Projeto de Pesquisa sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP) e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos Países do Mercosul (GEDIHCA/URCAMP). Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2322328244442244>. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

O presente artigo visa analisar a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil após a adoção da teoria da proteção integral, utilizando como parâmetro a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Pacto de San José da Costa Rica e as Convenções nº 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho.

A tríplice responsabilidade compartilhada representa, juntamente com a teoria da proteção integral, grande marco no direito de crianças e adolescentes, uma vez que os reconheceu como sujeitos de direitos, destinando-os tratamento prioritário e igualitário, universalizando os direitos fundamentais assegurados pela Carta Constituinte de 1988.

O estudo também aborda as principais causas e consequências para o trabalho infantil, sendo que a pobreza ocupa o primeiro lugar, seguindo-se da cultura favorável, de problemas relacionados à educação e família, como também os discursos míticos que propagam a ideia de que o trabalho infantil é favorável ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, provendo renda para a família e futura possibilidade de sucesso na vida adulta.

Em contraposição a proteção integral e a tríplice responsabilidade compartilhada, existem diversos tipos de violações de direitos. O trabalho infantil é considerado uma das principais causas de violação, ocasionando a formação do ciclo intergeracional da pobreza e fazendo com que crianças e adolescentes em situação de exploração se afastem do âmbito educacional, auferindo valores ínfimos e não tendo possibilidade de se qualificar e profissionalizar para o mercado de trabalho que irá ocupar na vida adulta.

Atualmente, a educação é considerada elemento basilar para modificação da realidade do trabalho infantil, possibilitando que filhos de pais com baixa qualificação escolar, tenham acesso à educação de qualidade, viabilizando a quebra do ciclo intergeracional da pobreza.

As políticas públicas para prevenção, enfrentamento e erradicação do trabalho infantil possibilitam a efetivação das

normas protetivas à infância, traçando estratégias para a redução do trabalho infantil através de iniciativas que visam ser concretizadas pelo Sistema de Garantia de Direitos.

No Brasil, dentre as diversas ações políticas que atuam a fim de garantir direitos a crianças e adolescentes estão o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, o Conselho Tutelar, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social, o Centro de Referência de Assistência Social, o Sistema Único de Assistência, o Sistema Único de Saúde, o Sistema Educacional, o Programa Bolsa Família e o Ministério do Trabalho.

A realidade dos órgãos de assistência social a crianças e adolescentes no Brasil é de constantes dificuldades, falta de investimentos e de estratégias, o que diminui a amplitude de atuação, impossibilitando o atendimento a toda população que vive em situação de ameaça ou violação aos direitos humanos.

Dessa forma, a erradicação do trabalho infantil e consequente ciclo intergeracional da pobreza será possível com a ampliação de investimentos em políticas públicas e capacitação de agentes que atuam no combate ao trabalho infantil, além da conscientização da sociedade quanto aos malefícios do trabalho precoce ao futuro de crianças e adolescentes.

## **1. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil**

A proteção jurídica de direitos fundamentais e humanos de crianças e adolescentes encontra respaldo em diversos diplomas nacionais e internacionais, dentre eles estão a Constituição da República Federativa do Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Pacto de San José da Costa Rica e as Convenções nº 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho.

Com o advento da Carta Constituinte de 1988, o Brasil adotou a teoria da proteção integral, proveniente da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Declaração Universal dos Direitos da

Criança, que tornou crianças e adolescentes sujeitos de direitos, representando significativo marco jurídico em prol da infância.

Veronese (2006, p. 15) explica que crianças e adolescentes devem ser tratadas com absoluta prioridade pelos governantes, destinando receitas para a construção de creches, escolas, postos de saúde e moradias, proporcionando acesso à direitos fundamentais universalizados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, visando o melhor interesse de crianças e adolescentes, dispôs sobre a tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado, os dando prioridade absoluta:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A Convenção sobre os direitos da criança reforça o texto da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que as crianças e adolescentes devem ter tratamento igualitário e prioritário, possibilitando-se o direito de crescer e de se desenvolver com sua família, mediante o acesso à educação segundo os ideais do espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Em contrapartida ao ideário da proteção integral e da tríplice responsabilidade compartilhada, existem diversos tipos de violações de direitos. O trabalho infantil representa muito mais que índices de pobreza, ele retira o direito a infância, saúde e educação de crianças e adolescentes que entram no mercado de trabalho precocemente.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, XXXIII, proíbe o trabalho infantil em condições insalubres, perigosas, penosas ou o trabalho noturno a pessoas com idade inferior de 18 anos, e

qualquer tipo de trabalho a pessoas com idade inferior a de 16 anos, ressalvando a condição de aprendiz, quando o trabalho é permitido a partir dos 14 anos (BRASIL, 1988).

Das definições de “trabalho infantil”, destaca-se que este é toda atividade laboral praticada abaixo da idade mínima permitida para determinado tipo de trabalho, podendo ser uma atividade econômica e/ou estratégia de sobrevivência, remunerada ou não, realizada por crianças ou adolescentes. Assim, no Brasil, as idades mínimas permitidas seriam de catorze anos para o trabalho de aprendiz, mediante regime próprio conforme a Lei 10.097, de 15 de dezembro de 2000, e de dezesseis anos para o trabalho adolescente, seguindo requisitos necessários. [...] Qualquer trabalho que não respeite esses limites é considerado trabalho infantil (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 69).

O Estatuto da Criança e do Adolescente se baseia nos preceitos teóricos da proteção integral, bem como proíbe o trabalho noturno, insalubre ou perigoso para pessoas tenham idade abaixo de 18 anos (BRASIL, 1990).

Já a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 428 dispõe sobre o contrato de aprendizagem, que é permitido a adolescentes e adultos entre 14 e 24 anos, desde que façam conjuntamente um curso para aperfeiçoamento profissional.

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (BRASIL, 1943).

a Organização Internacional do Trabalho, conforme Custódio e Veronese (2007, p.183), tem o objetivo de melhorar as condições de trabalho das pessoas hipossuficientes e, especialmente, de crianças e adolescentes como forma de justiça social. Em relação ao período da



infância, a entidade buscou proteger a condição de sujeito em processo peculiar de pessoa em desenvolvimento físico e mental, assim como enfrentar toda e qualquer forma de trabalho infantil.

Após alguns anos da criação do órgão que trata especificamente sobre questões trabalhistas, adveio a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho que afirma no sentido de que os países signatários devem estabelecer a idade mínima para o trabalho e os tipos de emprego que poderão ser ocupados por adolescentes. A referida admite aplicabilidade restrita, quando a complementação do ensino geral, profissional ou técnico for realizado na modalidade de aprendizagem.

No mesmo sentido, a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho expõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e medidas para sua erradicação, estabelecendo um sistema de cooperação nacional e internacional para sua efetividade.

CONSIDERANDO que a eliminação efetiva das piores formas de trabalho infantil requer uma ação imediata e abrangente que leve em conta importância da educação básica gratuita e a necessidade de liberar de todas essas formas de trabalho as crianças afetadas e assegurar a sua reabilitação e sua inserção social ao mesmo tempo em que são atendidas as necessidades de suas famílias (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

A proteção jurídica de crianças e adolescentes constitui numa amplitude de direitos que são feridos pelo trabalho infantil e que, além de prejudicar a infância e a educação, trás consequências como a perpetuação do ciclo intergeracional da pobreza.

A sociedade já evoluiu em muito quanto ao costume de que trabalhar é uma questão de moralidade e dignidade, porém ainda subsiste a ideia: “a relação imediata que geralmente se estabelece no senso comum é alternativa de ocupar dignamente a infância no trabalho quando a ela só parece restar a trilha e a criminalidade” (RIZZINI; RIZZINI, 1996, p.30).

Atualmente, a educação ocupa papel principal como fator modificativo da realidade do trabalho infantil e da violência. Sabe-se que o trabalho não tem o condão de modificar a sociedade quando iniciado de forma precoce, o trabalho infantil além de não “dignificar e moralizar”, auxilia na manutenção da pobreza.

Junto com o trabalho infantil, advém o ciclo intergeracional da pobreza que se auto reproduz quando uma criança em tenra idade, sem qualificação ou estudo, ingressa no mercado de trabalho, auferindo valores ínfimos.

O trabalho precoce encontra aliados importantes na sua manutenção, legitimação e reprodução, ou seja, como uma mão-de-obra barata, justificada pelo baixo nível de especialização que se apresenta e por seu tratamento como renda complementar ao trabalho adulto, o que consiste num atrativo importante para empresas, sobretudo em épocas de crise, quando estas recorrem a todas as formas possíveis de precarização do trabalho com o intuito de subsistir e manter-se integradas à competitividade do mercado globalizado. (CUSTÓDIO, 2002, p. 23).

O autor ainda afirma que as crianças e adolescentes representam uma classe indefesa e submissa, que aceita as imposições do empregador por não ter poder de negociação. Ademais, essa “classe de trabalhadores” sequer possui sindicato, o que reforça as arbitrariedades cometidas contra eles (CUSTÓDIO, 2002, p. 25).

Dentre diversos motivos, o fator econômico representa o grande determinante para o trabalho infantil, a cultura também assume poder de influência, pois os filhos tendem a repetir as ações dos pais, daí consolidando-se o ciclo da pobreza durante muitas gerações.

Diante disso, faz-se necessária a atuação de uma rede de proteção para enfrentamento e erradicação do trabalho infantil e consequente ciclo intergeracional da pobreza, a parceria realizada entre diversos órgãos viabiliza a realização de diferentes tipos de políticas públicas em diferentes áreas sociais, conferindo real efetividade as leis que visam a garantia e promoção de direitos a crianças e adolescentes.

## **2. O contexto da perpetuação do ciclo intergeracional da pobreza como uma das principais causas e consequências para o trabalho infantil**

O trabalho infantil é consequência de diversos fatores econômicos, sociais e políticos. A baixa renda, a cultura, a educação e a família auxiliam na exploração precoce pelo mercado de trabalho, face de discursos míticos que são promulgados nos ambientes sociais como multiplicadores de concepções favoráveis a exploração ao trabalho infantil, que trazem como consequência a perpetuação de ciclos intergeracionais de pobreza, e que utilizam como falácias em relação a condição da infância ideias como a condição dignificante do trabalho, a necessidade de auxílio na renda familiar e a possibilidade de sucesso futuro.

A falta de recursos financeiros nas famílias ainda prepondera e atua como aspecto principal na inclusão de crianças e adolescentes no meio laboral como forma de auxiliar na renda. Conforme pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2015 e divulgada pela fundação ABRINQ (2015), cerca de 2.593.366 pessoas entre 10 e 17 anos trabalham no Brasil e cerca de 172.631 no Estado do Rio Grande do Sul.

Com isso, visando à redução de trabalho precoce, os órgãos públicos em parceria com entidades sociais traçaram estratégias para o enfrentamento e erradicação do trabalho infantil e consequente ciclo intergeracional da pobreza através de iniciativas que visam implantar o Sistema de Garantia de Direitos.

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, os Conselhos Tutelares, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, o Ministério do Trabalho e Emprego, o Sistema Único de Assistência Social, o Sistema Único de Saúde, o Sistema Educacional, a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil e a Fundação Abrinq pelos Direitos da

Criança e do Adolescente são órgãos que possuem responsabilidades ou que auxiliam em relação ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes e trouxeram reconhecimento internacional para o Brasil pela diminuição significativa de trabalho infantil.

Segundo o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador:

[...] A consolidação desses avanços esbarra ainda nas inadequações e limitações dos mecanismos responsáveis por assegurar o cumprimento dessa legislação. Ao mesmo tempo, a proposição de mudanças na legislação tem gerado com certa frequência riscos de retrocessos no que diz respeito à consolidação do arcabouço normativo relativo à proteção dos direitos de crianças e adolescentes (BRASIL, 2011, p.9).

A legislação brasileira que trata da proteção de direitos de crianças e adolescentes é referência para diversos países do mundo, porém sua concretização é defasada, tendo em vista o baixo investimento e falta de estruturação adequada nas políticas públicas e o pensamento de que o trabalho “faz bem” para a criança e adolescente.

Infelizmente, sob a perspectiva de milhares de famílias pobres, o trabalho infantil se apresenta como uma forma de geração de renda. E como esta mão-de-obra precocemente explorada não terá como formar-se, desenvolver-se, capacitar-se, acaba por dar continuidade à miséria e à impossibilidade fática dela fugir (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007, p.84).

A criança e o adolescente que entram precocemente no mercado de trabalho, seja por falta de condições financeiras, seja pela força da cultura do trabalho, põe em risco sua saúde, educação e desenvolvimento.

O trabalho infantil gerado pela pobreza faz com que crianças e adolescentes abandonem a escola ou tenham muita dificuldade em aprender, pois, muitas vezes, estão com fome ou doentes, tendo em vista a impossibilidade de acesso a alimentação e atendimento a saúde de qualidade.

No Brasil a população sempre começou a trabalhar muito cedo, principalmente impulsionada pela pobreza, pois quanto mais baixa a origem sócio-econômica, maior a possibilidade de ingresso precoce no mundo do trabalho. Para que fosse considerado legítimo esta inserção, o próprio Estado brasileiro constituiu um conjunto de políticas de caráter moralizador que dignifica o trabalho acima de tudo (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007, p. 87).

O trabalho infantil além de cercear o direito a infância, também trás reflexos a vida adulta, tendo em vista que crianças e adolescentes que trabalham, possuem menor rendimento e permanência no âmbito escolar, e quanto mais precoce a entrada de crianças e adolescentes no mercado de trabalho, proporcionalmente menor será sua renda ao longo da vida adulta, reproduzindo os ciclos de pobreza da família e mantendo a desigualdade social.

Em 2016, a pesquisa mostrou que 39,6% dos trabalhadores brasileiros começaram a trabalhar com até os 14 anos de idade. Para aqueles trabalhadores que não tinham instrução ou não completaram o ensino fundamental, o percentual subiu para 62,1%, ao passo que para os trabalhadores com nível superior completo essa proporção caiu para 19,6% (IBGE, 2017).

As pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apontam que ainda há profunda desigualdade de oportunidades no país, em relação a educação, principalmente, a níveis superiores. O acesso a educação de nível superior foi alcançado, prioritariamente, por aqueles que possuem pais com instrução (cerca de 69,6%), enquanto apenas 4,6% foram dos filhos de pais sem formação superior (IBGE, 2017).

A pesquisa realizada no ano de 2011 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apontou a progressão em relação ao acesso a educação e permanência na escola, diminuindo proporcionalmente o percentual de crianças em situação de exploração do trabalho infantil.

| O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL |                                                       |                                                                                              |
|-------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| ANO                           | NÚMERO DE TRABALHADORES INFANTIS NO BRASIL EM MILHÕES | PERCENTUAL DE TRABALHO INFANTIL EM RELAÇÃO À POPULAÇÃO NA IDADE ESTUDADA (ENTRE 5 E 17 ANOS) |
| 2001                          | 5,52                                                  | 12,7%                                                                                        |
| 2002                          | 5,48                                                  | 12,6%                                                                                        |
| 2003                          | 5,12                                                  | 11,7%                                                                                        |
| 2004                          | 5,00                                                  | 11,4%                                                                                        |
| 2005                          | 5,17                                                  | 11,8%                                                                                        |
| 2006                          | 4,86                                                  | 11,1%                                                                                        |
| 2007                          | 4,84                                                  | 10,8%                                                                                        |
| 2008                          | 4,45                                                  | 10,2%                                                                                        |
| 2009                          | 4,25                                                  | 9,8%                                                                                         |
| 2010                          | 3,4                                                   | -                                                                                            |
| 2011                          | 3,67                                                  | 8,6%                                                                                         |
| 2012                          | 3,5                                                   | 8,3%                                                                                         |

FONTE: BRASIL, 2011; IBGE-PNAD

Em estudo publicado pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil aponta-se que a maioria de crianças e adolescentes trabalha na área rural sem qualquer tipo de remuneração, para auxiliar a mão de obra da família. Os adolescentes com aptidão para trabalhar, em maioria, não possuem carteira assinada, sendo o comércio e a indústria os órgãos que mais formalizam a relação trabalhista (DIAS, 2016, p.27-28).

Ademais, a renda média de crianças e adolescentes trabalhadoras é, preponderantemente, menor que o salário mínimo vigente, sendo que em algumas atividades, o rendimento era de metade do salário mínimo a depender da cor, sexo e gênero, como também dos afazeres (DIAS, 2016, p. 28-29).

A condição socioeconômica da família é uma causa determinante do TI. A Tabela 13, abaixo, mostra que em 2014, 35,1% das crianças e adolescentes que trabalhavam no Brasil estavam inseridas em domicílios com renda de até  $\frac{1}{2}$  salário mínimo por pessoa (*per capita*) e 66,4% com até 1 SM. Observando a situação do TI em alguns setores, como *Agricultura, pecuária, silvicultura, pesca e aquicultura*, nos *Serviços domésticos* e na *Construção*, a maioria das crianças e adolescentes ocupadas residiam em domicílios com renda *per capita* de até  $\frac{1}{2}$  salário mínimo: 64,1%, 44% e 28,5%, respectivamente (DIAS, 2016, p.29).

Essas pesquisas comprovam em numerosa dificuldade em romper o ciclo intergeracional de pobreza, pelo fato de que os filhos tendem a reitar os atos dos pais, sendo mais provável que filhos de pais que trabalharam precocemente o façam e os netos também, sendo a desigualdade social protagonista na perpetuação da pobreza em gerações de famílias.

Dessa forma, a diminuição da pobreza diminui proporcionalmente o trabalho infantil, sendo considerada a mola propulsora para outros fatores que desencadeiam o labor precoce. Também é importante mencionar que o trabalho infantil não é condição dignificante para a criança e o adolescente, mas sim uma forma de violação de direitos, que as priva de oportunidades, trazendo prejuízos irreparáveis para o desenvolvimento integral como pessoa humana.

Assim, demonstra-se que ao trabalhador infantil resta as piores oportunidades na vida adulta, perpetuando o ciclo intergeracional da pobreza, perpassando gerações.

A erradicação e o enfrentamento ao trabalho infantil e o ciclo intergeracional da pobreza dependem de políticas públicas que realizem o trabalho de inclusão social nas diferentes esferas, a fim de dar efetividade as normas que asseguram a proteção dos direitos da criança e do adolescente.

### **3. A atuação das políticas públicas no rompimento do ciclo intergeracional da pobreza como uma medida de enfrentamento ao trabalho infantil**

O Brasil é considerado um país de referência no que concerne a normas que dispõem sobre os direitos humanos e da criança e do adolescente. Contudo, ainda carece de investimento em políticas públicas, bem como de capacitação aos agentes que atuam no combate ao trabalho infantil e conseqüente violação de direitos.

As políticas públicas constituem papel fundamental na prevenção, enfrentamento e erradicação do trabalho infantil,

juntamente com outros fatores, têm o condão de prover real efetividade as normas que buscam garantir o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

O Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu a necessidade da implementação de políticas públicas para combater a exploração do trabalho infantil, apontando como fator fundamental a instrução da sociedade, fomentando uma consciência crítica, para que ela também auxilie no combate ao trabalho infantil, tratando o trabalho precoce como verdadeira violação de direitos e não como forma benéfica de auxiliar na renda da família (BRASIL, 2017).

Dentre os diversos órgãos de atuação contra o trabalho infantil, destacam-se o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, o Conselho Tutelar, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social, o Sistema Único de Saúde, o Sistema Educacional, o Centro de Referência de Assistência Social, o Sistema Único de Assistência Social e o Programa Bolsa Família.

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil é uma entidade de assistência social que atua em caráter intersetorial, auxiliando famílias de baixa renda e ofertando serviços socioeducativos para crianças e adolescentes que se encontram trabalhando de forma irregular, a entidade atua desde 1996, contando com o apoio da Organização Internacional do Trabalho e do Governo Federal (RODRIGUES, 2017).

O Programa de Erradicação ao Trabalho Infantil faz parte do Sistema Único de Assistência Social que potencializou a atuação nos Municípios, propiciando iniciativas para o auxílio de crianças e adolescentes, como também oferecendo oportunidades de qualificação para as famílias e adolescentes a partir dos 16 anos (BRASIL, 2014).

Torna-se prioritária a construção de uma agenda intersetorial do PETI, que articule políticas como saúde, educação, esporte, cultura, lazer entre outras, para somar esforços na identificação e atendimento das crianças e adolescentes retirados da situação de trabalho (RODRIGUES, 2017).



Dessa forma, a primeira ação a ser tomada pelos órgãos de assistência social para o enfrentamento do trabalho infantil é a identificação dos locais mais suscetíveis para sua ocorrência e de qual forma se dá o labor precoce, pois com a localização da violação torna-se mais fácil seu enfrentamento (RODRIGUES, 2017).

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social e o Centro de Referência de Assistência Social atuam nos Municípios de forma concentrada, realizando ações de inclusão e assistência social a crianças, adolescentes, mulheres, idosos e demais minorias e categorias de diversidade que vivem em áreas periféricas dos municípios.

Por isso, a importância de uma fiscalização e vigilância sócio assistencial, com fim de reconhecer as áreas mais frágeis dos municípios, realizando um “diagnóstico territorial, de sensibilização, mobilização, capacitação sobre o tema, construção de estratégias coletivas – por vezes específicas – em decorrência da forma como o trabalho infantil se apresenta em uma determinada localidade” (RODRIGUES, 2017).

Em entrevista feita com a assistente social do Centro de Referência de Assistência Social, localizado no bairro Prado Velho, cidade de Bagé, ela afirmou que o órgão atende cerca de 12 crianças e adolescentes, proporcionando o acesso a educação e cultura para aqueles que se encontram em ameaça de violação de direitos.

Além dos Centros de Referência de Assistência Social distribuídos pelas zonas mais carentes, o Município ainda conta com as ações do Conselho Tutelar que atua em todas as áreas com objetivos próprios em prol da proteção de crianças e adolescentes.

O Conselho Tutelar também faz papel importante na fiscalização do cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes, uma vez que tem como objetivo proteger contra ameaças e violações aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, integrando junto a outras entidades, a proteção infanto-juvenil nos Municípios (BRAGAGLIA, 2005, p. 22).

Além dos órgãos destinados a assistência social na comunidade, o governo também elaborou projetos para auxiliar pessoas em estado de necessidade financeira, o Programa Bolsa Família, criado no ano de 2004, destina-se a famílias que estão em situação de pobreza e extrema pobreza, integrando o rol de políticas públicas que visam a assistência social, tendo como objetivo a erradicação da pobreza e da fome, bem como as desigualdades sociais através de uma distribuição de renda melhor, proteção a infância e garantia de direitos fundamentais à pessoa humana (CUSTÓDIO; MOREIRA; 2015, p.19).

Desse modo, o Programa Bolsa Família busca garantir o acesso a serviços públicos destinados a proteção do direito à educação, à saúde e à assistência social, combatendo a fome e promovendo a segurança alimentar e nutricional, mantendo um constante acompanhamento sanitário e nutricional dos membros das famílias beneficiárias da política pública, com o intuito de inclusão social, combate a pobreza, a extrema pobreza e a fome (CUSTÓDIO; MOREIRA; 2015, p.19).

Além da assistência social, o Programa Bolsa Família também modificou as taxas de escolaridade, que aumentaram após sua implementação, permitindo que a população mais pobre tenha acesso a educação, diminuindo a desigualdade no que concerne a formação escolar, quando comparado a populações mais ricas.

Outra contribuição extremamente positiva em relação ao Programa Bolsa Família é em relação ao enfrentamento a exploração do trabalho infantil. Como requisito obrigatório para o recebimento do benefício financeiro do programa, as crianças e adolescentes deverão frequentar a escola e ser acompanhadas pelas políticas públicas de saúde, havendo a obrigatoriedade de uma frequência escolar mínima e de notificação por parte das políticas públicas de atendimento à saúde quando da identificação de exploração de crianças e adolescentes no trabalho infantil, bem como, tem garantido o acesso ao Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, no qual deve ter uma frequência de 85% como forma de garantir melhores condições de

desenvolvimento. Além disso, a transferência de renda possibilita a subsistência da família, diminuindo o incentivo intrafamiliar ao trabalho infantil como forma de subsistência. Assim, se evidencia a contribuição do Programa Bolsa Família, uma política pública assistencial, no enfrentamento ao trabalho infantil por meio de políticas públicas. (CUSTÓDIO; MOREIRA; 2015, p.23)

O Programa Bolsa Família incentiva a entrada e permanência no ambiente escolar, proporcionando acesso a educação as pessoas mais pobres. Importante mencionar que ações como estas possibilitam a quebra do ciclo intergeracional da pobreza, tendo em vista que a formação escolar completa permite que crianças e adolescentes tenham melhores oportunidades de trabalho, modificando o ciclo de pobreza na família.

Apesar da existência dessas entidades que atuam de forma a promover e fiscalizar o cumprimento dos direitos a educação, saúde e lazer, o que se vê é a falta de investimento, uma vez que poderiam atuar de forma mais eficaz e abrangente se dispusessem de mais recursos e incentivos governamentais.

No campo da intervenção pública, a maioria dos programas mais abrangentes se pauta, principalmente, quando não unicamente, pelo critério de renda familiar por pessoa para selecionar as famílias que receberão incentivos — pecuniários, por exemplo, transferência de renda, ou motivacionais — para retirar as crianças do trabalho (CACCIAMALI; BATISTA; TATEI, 2011, p.13).

A realidade dos órgãos de proteção à infância no Estado do Rio Grande do Sul é de total calamidade e defasagem de investimentos, uma vez que apesar da destinação de cerca de 15 milhões de reais ao mês, a educação e a saúde ocupam 4º e 5º lugar, respectivamente, nos gastos do Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O princípio da prioridade absoluta, instituído com a Constituição Federal de 1988 conferiu a crianças e adolescentes

prioridade de investimentos e com razão, pois um país com educação e cultura de qualidade, proporcionados a todos e, preferencialmente, à infância é mais desenvolvido e mais rico, possibilitando a quebra do ciclo intergeracional da pobreza.

[...] a inoperância dos programas e os custos de monitoramento e fiscalização, pois, caso as famílias elegíveis para participar dos programas apresentem padrões distintos quanto à inserção no trabalho e/ou na escola de suas crianças, algumas, ou até muitas delas, poderão receber o benefício, simultaneamente à manutenção de suas crianças no trabalho, prejudicando-lhes o aprendizado escolar. Um dos objetivos dos programas de transferência de renda, aquele de romper o ciclo de reprodução intergeracional da pobreza, seria frustrado, porque as crianças e jovens não adquiririam educação adequada para romper, por meio de formação escolar de melhor qualidade, uma das principais barreiras da mobilidade social (CACCIAMALI; BATISTA; TATEI, 2011, p.13).

Com isso, faz-se necessário haver uma inter-relação entre os órgãos que atuam em diferentes áreas para que a proteção a crianças e adolescentes se dê de forma integral, com ampla promoção e fiscalização do cumprimento das regras estabelecidas em lei.

Além da atuação dos órgãos acima citados, para efetivação das normas, também deve haver a conscientização da sociedade quanto aos malefícios provindos do trabalho infantil, quebrando a cultura que aponta o trabalho como solução para o fim da marginalidade ou como condição dignificante da infância.

A sociedade higienista diz que é melhor que eles estejam trabalhando, mas dessa maneira o filho do pedreiro também será um pedreiro e o filho do advogado, um advogado. Se o filho da merendeira se torna médico, há um estranhamento e nos perguntamos o que ele fez de diferente. Percebem que existe uma reprodução de ciclos em nosso país? A partir do momento em que soubermos a quem cobrar, as coisas vão mudar e quebraremos essa lógica. Nada acontece se não for por meio da rede (OLIVEIRA apud RIBEIRO, 2017).

A erradicação do trabalho infantil e consequente ciclo intergeracional da pobreza somente será possível com a atuação conjunta de todos os órgãos que promovem as políticas públicas em diferentes áreas sociais, unindo-se também ao investimento em capacitação de agentes fiscalizadores.

### **Considerações finais**

Através da presente pesquisa, pôde-se analisar os diversos aspectos negativos do trabalho infantil que impedem crianças e adolescentes de usufruir de seu direito a infância, saúde, educação e lazer, bem como a proteção jurídica que visa garantir esses mesmos direitos.

O Sistema de Garantia de Direitos que surgiu juntamente com a doutrina da proteção integral, visa proteger o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, traçando estratégias para erradicar as piores formas de trabalho e o trabalho infantil.

Os fatores econômicos, sociais, educacionais, culturais, familiares e políticos constituem causas e consequências do trabalho infantil, sendo que a pobreza é a causa principal para a ocorrência do trabalho precoce, constituindo também a consequência mais relevante, uma vez que crianças e adolescentes que trabalham não tem acesso a educação de qualidade e ao pleno desenvolvimento integral, reproduzindo os ciclos de pobreza na família.

Ademais, além do fator econômico, a cultura de que “trabalhar é condição dignificante e moralizadora” reforça o ciclo do trabalho infantil nas famílias. A exploração do trabalho infantil trás diversos prejuízos que os discursos míticos não expõem, como a mão de obra barata, a desistência ou afastamento da escola e os piores tipos de trabalhos na vida adulta, uma vez que crianças e adolescentes que trabalham não tem a possibilidade de se especializar para concorrer futuramente com outros candidatos no mercado de trabalho.

As políticas públicas vêm para auxiliar na prevenção, enfrentamento e erradicação do trabalho infantil, promovendo o acesso a educação, cultura, saúde e lazer, permitindo que crianças e adolescentes consigam romper com o ciclo de pobreza na família.

Além das políticas públicas, também há a necessidade da promoção de palestras e congressos acerca do tema, a fim de expor para a sociedade os riscos do trabalho infantil, fazendo com que seja reconhecido como verdadeira violação de direitos, como também com que a população auxilie nesse combate, retirando a ideia de que o trabalho precoce é alternativa para conter a marginalidade ou a criminalidade.

Outrossim, os investimentos em instrução a comunidade, a agentes fiscalizadores e a entidades de assistência social é ínfimo comparado a demanda do país, merecendo mais atenção do Poder Público, com vista a prestar atendimento de qualidade ao maior número de pessoas.

O que se vê é um número restrito de pessoas englobadas pelos órgãos de assistência social, como exemplo do Centro de Referência e Assistência Social de Bagé, localizado no bairro Prado Velho, que atende somente 12 crianças, possuindo espaço físico limitado e carência de recursos para ampliar o atendimento.

Importante mencionar que a destinação de investimentos se tornou prioritária desde a Constituição Federal de 1988, porém encontra óbice na realidade atual do país, que não possui recursos suficientes para proporcionar acesso a educação, saúde e lazer a todas as crianças e adolescentes, propiciando o ciclo intergeracional da pobreza.

Assim, com a atuação conjunta e intersetorial das diversas políticas públicas e o investimento do poder público, torna-se possível o enfrentamento e erradicação do trabalho infantil e do ciclo intergeracional da pobreza, uma vez que são causas e consequências um do outro, permitindo que crianças e adolescentes tenham a preservação de seus direitos e possam desenvolver-se

integralmente, a fim de poder quebrar o ciclo de pobreza na família e propagar os malefícios do trabalho infantil.

## Referências

BRAGAGLIA, Mônica. **Auto-organização**: um caminho promissor para o Conselho Tutelar. São Paulo: Annablume, 2005. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=WJN81VaixpEC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=WJN81VaixpEC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 30 mai. 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. 2. ed. Brasília : Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Perguntas e respostas**: O redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Brasília: 2014. 2 ed. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/cartilhas/cartilha\\_perguntas\\_respostas\\_redesenho\\_peti\\_2014.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/cartilhas/cartilha_perguntas_respostas_redesenho_peti_2014.pdf)>. Acesso em: 26 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Políticas públicas devem ser implementadas para combater a exploração do trabalho infantil**. 2017. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/programa/-/asset\\_publisher/y23X/content/politicas-publicas-devem-ser-implementadas-para-combater-a-exploracao-do-trabalho-infantil?inheritRedirect=false](http://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/programa/-/asset_publisher/y23X/content/politicas-publicas-devem-ser-implementadas-para-combater-a-exploracao-do-trabalho-infantil?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 24 mai. 2018.

CACCIMALI, Maria Cristina; BATISTA, Natália Nunes Ferreira; TATEI, Fábio. Padrões familiares de utilização de trabalho infantil. **Revista ABET**, n. 1, Vol. X, jan-jun. 2011. Disponível em: <[https://www.academia.edu/11224678/Padr%C3%B5es\\_familiares\\_de\\_utiliza%C3%A7%C3%A3o\\_d\\_e\\_trabalho\\_infantil](https://www.academia.edu/11224678/Padr%C3%B5es_familiares_de_utiliza%C3%A7%C3%A3o_d_e_trabalho_infantil)>. Acesso em: 31 mai. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana. **O trabalho da criança e do adolescente no Brasil: Uma análise de sua dimensão sócio-jurídica**. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai**. Curitiba: Multideia, 2015.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **O programa bolsa família: transferência de renda condicionada no contexto do modo de produção capitalista contemporâneo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2015.

\_\_\_\_\_; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

DIAS, Júnior César. **O Trabalho Infantil Nos Principais Grupamentos de atividades Econômicas do Brasil**. Brasil: FNPETI, 2016.

FUNDAÇÃO ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. **População entre 10 e 17 anos ocupada segundo posição na ocupação**. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/trabalho-infantil/744-populacao-entre-10-e-17-anos-ocupada-segundo-posicao-na-ocupacao?filters=1,1091;27,1091;27,1091;27,1091;27,1091>>. Acesso em 9 abr. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

\_\_\_\_\_. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira**. 37. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 10 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138**. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm)> Acesso em: 15 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Convenção 182**. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3597.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm)> Acesso em: 15 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Contadoria e Auditoria Geral do Estado. **Consulta a receitas e gastos públicos**: Saiba de onde vem e onde é investido o dinheiro para atender as necessidades coletivas da população gaúcha. 2018. Disponível em: <<http://www.transparencia.rs.gov.br/QvAJXZfc/opendoc.htm?document=Transparencia.qvw&host=QVS%04oappproo3&anonymous=true>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

RIBEIRO, Bruna. **Todos contra o trabalho infantil: conheça as funções de cada ator da rede de proteção**. 2017. Disponível em: <<http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/tira-duvidas/o-que-voce-precisa-saber-sobre/conheca-o-peti-programa-de-erradicacao-do-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irmã. **A Criança e o Adolescente no Mundo do trabalho**. Rio de Janeiro: USU, 1996.

RODRIGUES, Gabriela. **Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil**. Disponível em: <<http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/tira-duvidas/o-que-voce-precisa-saber-sobre/conheca-o-peti-programa-de-erradicacao-do-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

SOUZA, Ismael Francisco de; MOURA, Analice Schaefer de. **Trabalho infantil: uma afronta à promoção e consolidação do trabalho decente no Brasil**. Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11843>>. Acesso em: 18 out. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Série Resumos. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

## O trabalho infantil e o princípio da dignidade da pessoa humana

*Higor Neves de Freitas*<sup>1</sup>

*Marcus Gabriel Nunes Quintana*<sup>2</sup>

### Introdução

O trabalho infantil se tornou um grave problema social, tendo em vista que milhares de crianças e adolescentes trabalham em circunstâncias que não apenas prejudicam a sua saúde, como ainda sua qualidade de vida e seu rendimento escolar nas fábricas, campos, lavouras e até mesmo em casas de famílias no Brasil.

Com efeito, o advento da Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, preceito que deve ser garantido desde a infância e o elevou, como direito e garantia individual, à condição de cláusula pétrea. O texto

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito com Bolsa Prosub Capes Modalidade I pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas (URCAMP) e do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP). Endereço eletrônico: freitashigor@hotmail.com. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8639068066120454>. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP) e em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Endereço eletrônico: gabrielq678@gmail.com. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4463761597400804>.

constitucional, fundamentado no princípio da dignidade humana e em direitos fundamentais e humanos, constituiu diretrizes e princípios da Teoria da Proteção Integral a fim de consolidar um reordenamento jurídicos, o qual concebeu o *status* de sujeito de direitos a crianças e adolescentes e, ainda, estabeleceu a tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado.

O objetivo geral é verificar o papel do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana para a compreensão da proteção jurídica contra o trabalho infantil a partir do advento da Constituição Federal de 1988. De forma específica, busca-se contextualizar o conceito e a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, examinar a proteção jurídica nacional e internacional contra o trabalho infantil, bem como analisar a construção da proteção jurídica contra o trabalho infantil sob a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana a partir do advento da Constituição Federal de 1988.

A presente pesquisa buscou resolver o seguinte problema: como está consolidado o princípio da dignidade da pessoa humana na construção da proteção jurídica contra o trabalho infantil a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

O método de abordagem teórico da presente pesquisa foi dedutivo, partindo de uma premissa universal com a finalidade do desenvolvimento de um raciocínio e uma aplicação específica por meio de argumentos. Já o método de procedimento foi o analítico.

O desenvolvimento do estudo foi realizado por meio das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, artigos publicados e da legislação pertinente.

## **1. A evolução histórica e o conceito de dignidade da pessoa humana**

O conceito de dignidade da pessoa humana adquiriu grande notoriedade decorrido um dos períodos mais sombrios da história,

a 2<sup>o</sup> guerra mundial, após a devastação e violação de direitos fundamentais em ampla escala ocorridos entre 1939 e 1945, surge uma esperança: com ampla divulgação da relevância da dignidade da pessoa humana e da efetivação dos direitos fundamentais, que embora sejam conceitos distintos estão intimamente relacionados, sendo que para desfrutar plenamente do primeiro é necessária a efetivação do rol que compreende o segundo.

Diversos tratados internacionais prevêem a dignidade da pessoa humana como uma norma inviolável, sendo o primeiro a carta da Organização das Nações Unidas, datada de 1945, assim como as constituições de diversos países consagram esse preceito, entretanto mesmo quando não expressamente previstos no texto constitucional de alguns países tal preceito fundamental é utilizado nas fundamentações das cortes constitucionais, que o depreende de uma interpretação sistêmica da própria constituição e como um direito inerente ao ser humano.

Em que pese a ampla previsão normativa, do termo dignidade da pessoa humana, nos mais diversos documentos que vinculam a sua aplicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico, bem como as múltiplas decisões provenientes dos tribunais constitucionais que o mencionam, inexistente um conceito preciso para definir o que seja dignidade da pessoa humana. Devido as múltiplas implicações e utilizações, notadamente perante violações de direitos fundamentais, dos quais inexistente rol taxativo, sendo assim podemos depreender dessas decisões diversos conceitos de dignidade da pessoa humana, mas todos com uma natureza negativa, pois analisam casos concretos em que há violação da dignidade da pessoa humana, se abstendo de defini-la. Por exemplo, a Corte Europeia de Justiça, ao analisar o caso em que as cortes alemãs vedaram a instalação do jogo “*Laserdrome*”, de origem inglesa, que simula homicídios com armas a laser e alvos humanos em seu território, por entender que tal prática é atentatória a dignidade da pessoa humana. Diante do complexo caso a corte mais elevada da União europeia se absteve de decidir, afirmando que a dignidade da pessoa

humana pode possuir definição diversas nos países membros. (BARROSO, 2014, p. 30).

Apesar da imprecisão do conceito de dignidade da pessoa humana, contemporaneamente, a primeira utilização deste conceito foi realizada por Marco Túlio Cícero, em *Os deveres*, desde então muitos filósofos e posteriormente juristas atribuíram suas próprias definições para a dignidade da pessoa humana. Entretanto muitos desses conceitos históricos eram estigmatizantes e seletivos, ou seja, a dignidade não era considerada uma característica inerente ao ser humano, mas algo a ser conquistado.

Neste primeiro momento, o presente trabalho visa apresentar algumas destas perspectivas de dignidade da pessoa humana, e como elas excluem as crianças e adolescentes, o considerando desprovidos de dignidade. Bem como tal exclusão histórica repercuti no mundo contemporâneo, logo destaca-se a extrema relevância das medidas afirmativas, para desconstruir estas perspectivas enraizadas no pensamento popular, diante de perspectivas históricas deturpadas, que menosprezavam crianças e adolescentes (BARROSO, 2014, p. 78).

A concepção inicial de dignidade da pessoa humana, atribuída a Marco Túlio Cícero, está associada a racionalidade humana, bem como o status de superioridade que está característica implica ao ser humano, entretanto há uma perspectiva secundária que consiste nas conquistas dos indivíduos, ou seja, em como este desenvolve e aplica sua racionalidade de forma adequada (REBOUÇAS, 2013, p. 11).

Outros filósofos políticos da antiguidade permanecem com conceitos muito próximos do atribuído a Cícero, vinculando gradação a dignidade da pessoa humana as suas ações e ao seu status político e social, logo por meio dessa definição atribuisse dimensões quantificáveis a dignidade da pessoa humana. Embora o principal traço de distinção nesse sistema seja atribuído ao status político e social dos indivíduos, é visível um preconceito social e desvalorização das crianças e adolescentes. Que pela tenra idade ainda não tiveram oportunidade de desenvolver suas

potencialidades e demonstrar seu valor a sociedade e por este motivo são consideradas indignas (SARLET, 2019, p. 33).

Nesse momento histórico o auge da dignidade humana seria o atribuído ao Spoudaios, definição realizada por Aristóteles, de um homem que desenvolveu ao máximo todas as suas potencialidades humanas (ARISTÓTELES, p.78).

Os termos Senado e Senadores, cunhados na Roma antiga, cuja origem está associada a palavra sénior, que define os cidadãos mais velhos, experientes e conseqüentemente mais dignos, que teriam o conhecimento para governar. Este preconceito etário de cunho histórico se perpetua em nossa constituição em seu artigo quatorze, alínea “a” que impõe a necessidade de trinta e cinco anos para ocupar o cargo de senador, além de diversas idades definidas arbitrariamente para os demais cargos.

Posteriormente, no decorrer da idade média, com a expansão da ideologia católica e sua ampla influência nos diversos ramos do conhecimento. Foi um processo natural a incorporação dos dogmas religiosos do conceito de dignidade da pessoa humana prevalecente neste período.

A perspectiva de dignidade da pessoa humana, através do ideário católico é bipartite. Tendo sua primeira concepção como uma característica nata, ou seja, inerente a todos os seres humanos, concedida por Deus que criou todos a sua imagem e semelhança. A segunda parte do conceito de dignidade, compreende um complexo sistema de níveis de dignidade, sendo atribuído aos indivíduos de forma proporcional mais ou menos dignidade conforme este siga a doutrina católica, seus preceitos e dogmas. Afastando-se desta forma do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana, além de limitar a dignidade a determinados grupos. As crianças e adolescentes neste período eram associadas a pureza, portanto ocupavam níveis elevados de dignidade, conforme o segundo aspecto, entretanto dificilmente estariam nos mais altos níveis devido à falta de oportunidades para demonstrar sua devoção e fé, que os tornaria mais dignos (SARLET, 2019, p. 36).

No decorrer da idade moderna, Hobbes (1974, p. 34) apresenta sua concepção de dignidade da pessoa humana, cuja matriz ideológica apresenta traços utilitaristas, atribuindo claramente um valor aos indivíduos que pode oscilar conforme as circunstâncias. Ou seja, conforme essa perspectiva inexistente dignidade da pessoa humana atribuída naturalmente aos indivíduos, como nas concepções anteriormente tratadas, mas limita-se a uma visão estritamente circunstancial.

O valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder, portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra., E tal como nas outras coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (coro muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros (HOBBS, 1974, p. 34).

Diante da imprecisão metodológica para atribuir dignidade, tendo em vista que está oscila conforme a circunstâncias, o autor utilizasse de um valor médio para precisar a dignidade de um indivíduo atribuída pelo Estado.

A manifestação do valor que mutuamente nos atribuímos é o que vulgarmente se chama honra e desonra. Atribuir a um homem um alto valor é honrá-lo, e um baixo valor é desonrá-lo. Mas neste caso alto e baixo devem ser entendidos em comparação com o valor que cada homem se atribui a si próprio. O valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E esta sua avaliação pelo Estado se exprimo através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor. Elogiar um outro, por qualquer tipo de ajuda, é honrar, porque é sinal de que em nossa opinião ele tem poder

para auxiliar. E quanto mais difícil é a ajuda, maior é a honra. Obedecer é honrar, porque ninguém obedece a quem não julga capaz de ajudá-lo ou prejudicá-lo. Consequentemente, desobedecer é desonrar (HOBBS, 1974, p. 35).

Em outras palavras, o Estado tem o poder absoluto sobre o cidadão, inclusive a capacidade de quantificar sua dignidade lhe atribuindo valores proporcionais as demandas estatais circunstanciais. Assim, o Leviatã assume sua mais assustadora forma, em uma espécie de bolsa de valores, cujas aptidões humanas e os próprios indivíduos estão sendo constantemente avaliados no lugar das empresas. Nesse contexto degradante, as crianças e adolescentes possuem uma dignidade inferior em tal contexto social, tendo em vista que embora possuam habilidades em potencial para serem desenvolvidas ao longo do tempo, podendo se tornar grandes generais capazes de liderar tropas ou juízes de moral inabalável, nos restringido aos próprios exemplos do autor, considerando que no momento não possuem habilidades notórias, seu valor normalmente será baixo para o Estado, que poderá instruir outras crianças e adolescentes a desenvolver tais capacidades. Os critérios de valoração a dignidade são meramente objetivos e se restringem ao momento e demandas (HOBBS, 1974, p. 34).

A perspectiva de Kant quanto a dignidade da pessoa humana é diametralmente oposta à de Hobbes. Embora seja difícil conceituar precisamente a dignidade da pessoa humana contemporaneamente a definição kantiana possui notória aceitabilidade. Entretanto sua teoria abre margens a críticas antropocêntricas, pois em sua concepção há uma dualidade entre seres humanos que possuem dignidade e coisas que possuem valor. Excluindo assim as diversas formas de vida animal e vegetal que merecem determinado resguardo pelo ordenamento jurídico, na perspectiva atual (SARLET, 2019, p. 42).

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela



qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (KANT, 2009, p. 68-69).

Simultaneamente Kant restaura o elevado valor que possuía a racionalidade na construção conceitual da dignidade, por seu primeiro autor. Tendo a racionalidade como único critério para atribuir dignidade, sua concepção abrange todos os seres humanos indistintamente, crianças e idosos, homens e mulheres. Absolutamente todos os indivíduos desde o seu nascimento são racionais e consequentemente dignos.

O Homem, e, duma maneira geral todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim (KANT, 2009, p. 68-69).

Outro aspecto visível no conceito kantiano é a soberania da vontade individual, e a capacidade de autodeterminação dos indivíduos que não pode ser restringida arbitrariamente. Assim, como a liberdade a igualdade é um dos pilares da definição de dignidade da pessoa humana de Kant, entretanto sua perspectiva quanto a igualdade é meramente formal, sem abordar as distinções dos indivíduos que ensejam medidas afirmativas para obtenção de condições de real igualdade e efetivação da dignidade da pessoa humana.

Findamos está breve análise histórica das concepções de dignidade da pessoa humana com as ponderações de Barroso, cuja perspectiva é tríplice, encontrando respaldo em três valores: o valor intrínseco, o valor da autonomia e o valor comunitário. Os dois primeiros valores encontram respaldo no entendimento kantiano,

com ressalvas quanto ao antropocentrismo: “Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade”. E destacando a relevância de políticas afirmativas para viabilizar a igualdade quanto aos grupos que necessitam de proteções especiais em virtude da sua condição desfavorável, como as crianças e adolescentes, cuja história demonstra as condições de inferioridade que foram submetidas (BARROSO, 2014, p. 76).

A dignidade humana ocupa apenas uma parte do conteúdo da ideia de igualdade, e em muitas situações pode ser aceitável que se realizem diferenciações entre as pessoas. No mundo contemporâneo isso está particularmente em discussão nos casos envolvendo ações afirmativas.

[...]

Em relação à igualdade, a prática de ações afirmativas foi acolhida em países como Estados Unidos, Canadá e Brasil e é expressamente autorizada pela Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (BARROSO, 2014, p. 78-79).

É notória a relevância das políticas afirmativas para a efetivação dos direitos fundamentais e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana, estando reconhecida em diversos países, bem como tratados internacionais.

Quanto ao valor comunitário, este tem um aspecto de colaboração entre os diversos indivíduos que compõe uma comunidade e o próprio estado para atingir uma vida boa para a coletividade. Sendo assim, esta definição possui uma acepção dúplice em que o estado deve agir como garantidor dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo limita-los quando o seu exercício de maneira abusiva quando houver a possibilidade de ensejar prejuízos a comunidade (BARROSO, 2014, p. 88).

## **2. O contexto da proteção jurídica nacional e internacional contra o trabalho infantil**

Após a abolição da escravatura, os Senhores das casas grandes passaram a recrutar crianças órfãs e pobres para o trabalho nas fazendas, momento no qual eram exploradas e abusadas e o trabalho precoce não era só aceito, como ainda estimulado pela sociedade (OLIVA, 2006, p. 62). Já na revolução industrial, atingiu-se um imenso volume de trabalho infantil, tendo em vista que “à falta de mão-de-obra adulta em determinadas regiões, como o desejo dos empresários de reduzir os custos de produção, servindo-se do trabalho, pior remunerado, de crianças e mulheres” (OLIVA, 2006, p. 39).

Nesse contexto, houve uma imposição das primeiras leis de proteção ao trabalhador infante-juvenil no Brasil, bem como uma evolução constitucional para estabelecer uma proteção conhecida como Situação Irregular do Menor, a qual regulamentava um controle sobre a infância por meio de autoritarismo. Assim, o conceito de “menor” e sua objetificação jurídica “atribuiu toda uma gama de tratamento à menoridade legitimando o reforço de políticas de controle social, vigilância e repressão” a fim de evitar que tais crianças e adolescentes se tornassem criminosas, o que produziu uma visão estigmatizada da infância (CUSTÓDIO, 2008, p. 24).

Depois de várias décadas de debate, formulação de dezenas de anteprojetos e movimentação do meio jurídico com o objetivo de fazer aprovar uma revisão no Código de Menores de 1927, este foi em 1979, finalmente substituído. O Novo Código de Menores veio consagração a noção do “menor em situação irregular”, a visão do problema da criança marginalizada como uma “patologia social”. Caberia ao Juiz de Menores intervir na suposta irregularidade, que englobava desde a privação de condições essenciais à subsistência e omissão dos pais, até a autoria de infração penal (RIZZINI; PILOTTI, 2017, p. 27-28).

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir de um ambiente de democratização e pela luta de movimentos sociais em prol dos direitos da infância, estabeleceu uma nova formatação e incluiu o Direito da Criança e do Adolescente como ramo jurídico, fundamentado na “proteção dos direitos fundamentais, estendidos a todo e qualquer cidadão, incluindo-se crianças e adolescentes” e incorporando a Teoria da Proteção Integral ao sistema jurídico pátrio, entre os artigos 227 e 229 do texto constitucional, oportunidade na qual foi o marco histórico da superação e ruptura da antiga doutrina menorista (REIS; CUSTÓDIO, 2016, p. 622).

A teoria da proteção integral oferece os subsídios teóricos que sustentam o Direito da Criança e do Adolescente e, como toda teoria, sua formação é decorrência de um longo processo que se desenvolve ao longo da história. O substrato teórico inicial da teoria da proteção integral começa a se desenvolver a partir da compreensão da infância enquanto construção social. Nessa perspectiva o reconhecimento da criança enquanto sujeito de direito é primordial para a conformação da teoria. Da mesma forma, é preciso reconhecer que a criança não é um “adulto em miniatura” ou que a infância é tão somente uma fase de preparação para a vida adulta. Mais ainda, não basta reconhecer a condição de sujeito de direitos: é preciso reconhecer a infância e, portanto, crianças e adolescentes como sujeitos concretos, inseridos em contextos políticos, sociais e econômicos (REIS, CUSTÓDIO, 2016, p. 625-626).

Vale destacar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, ao estipular a Convenção sobre os Direitos das Crianças, aprovada em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, estabeleceu uma proteção especial em prol das crianças na esfera internacional, bem como a influenciar o desenvolvimento de políticas públicas que garantem a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989). No mesmo sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, a Declaração de Genebra e a Declaração

Universal de Direitos Humanos influenciaram na instituição da base teórica da proteção integral e na proteção jurídica em prol de crianças e adolescentes no sistema normativo dos países signatários.

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a regulamentar e disciplinar de forma minuciosa e em simetria com o texto constitucional os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, oportunidade na qual foi incorporada de forma integral a Teoria da Proteção Integral ao sistema jurídico e, assim, “pela primeira vez na história cria-se para esse público um conjunto de dispositivos legais cuja finalidade seja a promoção e efetivação dos seus direitos fundamentais” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 54).

O ordenamento jurídico brasileiro trouxe responsabilidades para o Estado, para a família, para a comunidade e para a sociedade em geral na proteção de direitos da criança e do adolescente, mediante uma tríplice responsabilidade compartilhada. É papel das famílias garantir a integralidade de direitos para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. O Estado tem o dever de agir sempre que algum direito for ofendido, protegendo os direitos da criança ou do adolescente, e deve possibilitar o acesso a direitos sociais, proporcionando o atendimento integral de crianças e adolescentes e de suas famílias, por meio de políticas públicas. Já a sociedade e a comunidade devem atuar na preservação das condições essenciais ao desenvolvimento de crianças e adolescentes e no desenvolvimento e garantir a construção de políticas públicas (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 38).

A convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho de 1973 passou, também, a restringir os empregos que poderiam ser ocupados por adolescentes e incentivou a elevação progressiva da idade mínima da admissão com a finalidade de abolir o trabalho infantil (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973). Já a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho estabeleceu ações com a finalidade de erradicar o trabalho infantil em suas piores formas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

Para cumprir tal objetivo, a Organização Internacional do Trabalho passou a expor as recomendações 146 e 190, as quais buscaram estabelecer um tratamento prioritário para programas nacionais e políticas públicas para garantir o desenvolvimento humano e ratificar o compromisso de não apenas identificar, como ainda denunciar as piores formas de trabalho infantil (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 35).

O Mercosul, bloco econômico de países da América do Sul, ratificou, também, compromissos regionais com a finalidade de combater o trabalho infantil, entre eles, a Declaração Presidencial dos Países do Mercosul sobre a Erradicação do Trabalho Infantil e a Declaração Presidencial sobre a prevenção e erradicação do trabalho infantil no Mercosul (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 33).

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII, bem como o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a proibir qualquer forma de trabalho antes dos 16 anos, ressalvados a condição de aprendiz a partir dos 14 anos e os trabalhos considerados insalubres, perigosos e noturnos antes dos 18 anos. Outrossim, A Consolidação das Leis do Trabalho passou a proibir o trabalho infantil, afirmando que este não poderá ser realizado em “locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários que não permitam a frequência à escola” (BRASIL, 1943). No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente aborda sobre as condições mínimas para o exercício de atividades laborativas por adolescentes:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II - perigoso, insalubre ou penoso;

III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

A implantação do Direito da Criança e do Adolescente no sistema jurídico nacional não apenas reconheceu os direitos fundamentais, como ainda proporcionou a implantação do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e adolescentes, o qual atua com a participação da União, dos Estados e dos Municípios, bem como conselhos de Direito da Criança e Adolescente e, ainda, órgãos responsáveis pelo “planejamento e controle intersetorial das políticas públicas de atendimentos aos direitos da criança e do adolescente” (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 43).

Ademais, o texto constitucional de 1988 passou a introduzir, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III da Constituição Federal, os direitos fundamentais de segunda dimensão a fim de garantir uma existência digna, quais seja, o acesso a saúde, a educação, a cultura, bem como a assistência social, o esporte e o lazer, os quais são efetivados com a implantação de medidas concretas de política social e políticas públicas de atendimento.

### **3. A construção da proteção jurídica contra trabalho infantil sob a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi consagrado em diversos tratados e documentos internacionais, bem como constituições nacionais, o qual é um “valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral” e passa “necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos” (BARROSO, 2014, p. 63-66).

A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto [...]

Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução (BARROSO, 2014, p. 66).

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 observou, nos direitos das crianças e adolescentes, a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana, incorporando todos os tratados e convenções sobre os direitos humanos, quais sejam, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, a Declaração de Genebra, a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, os quais fundamentaram a base teórica da instituição da Teoria da Proteção Integral no ordenamento jurídico pátrio por meio do artigo 227 do texto constitucional e dos artigos 1º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Direito da Criança e do Adolescente tem a sua própria teleologia e axiologia, amparados pelo reconhecimento de princípios promocionais e intimamente ligados com o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em seu contexto mais amplo. Por isso, sua interpretação requer o reconhecimento da criança e do adolescente em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento tendo uma teleologia social, valorizando o bem comum, os direitos e garantias individuais e coletivos, como determina o art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (CUSTÓDIO, 2008, p. 37).

Dessa forma, as crianças e adolescentes passaram a ter não apenas seus direitos estabelecidos, como ainda a sua dignidade reconhecida, tendo em vista que estes se encontram em uma “condição peculiar de desenvolvimento físico e cognitivo, e essa fase demanda amparo, proteção e cuidado especiais, sendo isto responsabilidade da família, da sociedade e do Estado”, tendo a



aplicação do princípio da dignidade humana estendido a eles (RODRIGUES; COPATTI, 2014, p. 122). Nesse raciocínio, deslumbrasse que o artigo 227 e 228 do texto constitucional abordam os direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista se referem à mesma dignidade, vida e liberdade e, portanto, tratam-se de direitos da mesma natureza (MACHADO, 2003, p. 106).

Assim, a partir do reconhecimento do valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, molda-se a base principiológica da Teoria da Proteção Integral, a qual preconizou diversos princípios, dentre eles, a vinculação à Doutrina Jurídica da Proteção Integral, caráter Jurídico-Garantista, princípio do interesse superior da criança e do adolescente, a tríplice responsabilidade compartilhada, a prioridade absoluta, a descentralização, a desjudicialização, a politização, a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a ênfase nas políticas públicas básicas da proteção integral, a participação popular e a humanização, os quais vinculam todo o sistema jurídico e direitos fundamentais com a finalidade de efetivar a proteção da criança e adolescente no cenário nacional (LIMA, 2001, p. 6-8).

A definição da criança e adolescente em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento garantiu uma redefinição ampliativa no Estado de Direito, tendo em vista que houve uma inclusão de uma nova categoria social, no sentido subjetivo, e, ainda, no sentido objetivo, a previsão da garantia de uma proteção diferenciada em prol destes seres vulneráveis (LIMA, 2001, p. 177).

Esta ampliação do Estado de Direito significa que os menores de 18 anos são reconhecidos como integrantes do seu pacto fundador e como beneficiários da sua proteção jurídica. Desta forma, também em favor de crianças e adolescentes em geral, impõe-se a observância de todos os princípios e regras jurídicas fundamentais da Constituição Federal acerca de Direitos e Garantias Fundamentais, como é o caso dos direitos e garantias previstas no art. 5º do texto constitucional. A partir destes elementos, é preciso reconhecer que a institucionalização da Doutrina Jurídica Sócio-Jurídica da Proteção Integral, enquanto fundamento axiológico e

teleológico do Direito da Criança e do Adolescente, transformou a Criança e o Adolescente em titulares de um direito subjetivo público - o direito de exigir através de todas as ações, e de todas as formas de pressão próprias ou compatíveis com o Estado Democrático de Direito, o respeito à sua cidadania (LIMA, 2001, p.177).

A teoria da proteção integral garante, portanto, um papel estruturante no sistema jurídico nacional, momento no qual garante o reconhecimento de todos os direitos inerentes à dignidade humana e passa a se apresentar “como um dever de agir do Estado, no sentido de dar concretude aos direitos humanos e fundamentais da infância” por meio de políticas públicas complementares, assistenciais ou básicas, programas de atendimento e ações político-administrativas com a efetiva participação da sociedade, da família e do poder público (REIS; CUSTÓDIO, 2016, p. 636).

O Brasil tornou-se um dos percursores no ordenamento jurídico da problemática infanto-juvenil, pois “aprovou uma das leis mais avançadas do mundo – o Estatuto da Criança e do Adolescente, fruto da participação sem precedentes na história da assistência a infância”, esta que visou garantir os direitos básicos de crianças e adolescentes com a absoluta prioridade e buscou romper as “práticas estigmatizantes e excludentes que incidiam, em ampla escala, sobre a infância pobre, objeto precípua das políticas de controle social” (RIZZINI; PILLOTI, 2017, p. 323).

A Política que orienta o Direito da Criança e Adolescente passou a determinar que a aplicação e o desenvolvimento do direito funcionem como um canal de “construção de uma sociedade que deve incorporar, definitivamente, no seu cotidiano, correções e antídotos contra a cultura da repressão-compassiva que marcou de maneira contundente a legislação menorista” (LIMA, 2001, p. 150). Desse modo, o princípio da dignidade humana se torna um valor subordinante, que não cede em face dos valores subordinados, e possui um significado concreto na centralidade do texto

constitucional e na construção da Teoria da Proteção Integral e da proteção jurídica em prol da criança e do adolescente.

A bem da verdade, a miséria das famílias impôs um dever moral produzido pelo ambiente social que exige o trabalho desde cedo para colaborar com a garantia da subsistência do núcleo familiar, fato no qual compensaria o peso econômico da presença desta criança e adolescente, oportunidade em que as crianças e adolescentes passam a colocar as demais necessidades, importantes para o seu pleno desenvolvimento, em segundo plano (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007, p.97).

Assim sendo, fez-se mister a consagração de uma proteção jurídica contra o trabalho infantil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observando a Teoria da Proteção Integral e o princípio da dignidade da pessoa humana, para afastar as crianças e adolescentes do trabalho precoce, tendo em vista que este acarreta consequências físicas, cognitivas, psicológicas e sociais às crianças e adolescentes, considerando que estes passam a realizar atividades que extrapolam os seus limites, o que impacta no seu saudável desenvolvimento. Ademais, a falta de escolas, a longa distância, falta de transportes, a infrequência, o baixo nível do rendimento escolar, bem como, principalmente, a jornada de trabalho, geralmente longa, acarretam a exclusão da criança e do adolescente no ambiente escolar (CUSTÓDIO, 2009, p. 95-96).

Tornou-se necessário a inserção de um novo ambiente constitucional para romper com o consciente de uma cultura histórica em defesa do trabalho infantil como uma oportunidade de afastar as crianças da marginalidade, ou, ainda que enobrece o trabalho e legitima os mitos que “é melhor trabalhar do que roubar”, que “o trabalho da criança ajuda a família”, que “é melhor trabalhar do que ficar nas ruas”, que “lugar de criança é na escola”, “que trabalhar desde cedo acumula experiência para trabalhos futuros”, que “é melhor trabalhar do que usar drogas”, ou ainda, que “trabalhar não faz mal a ninguém”, pois consolida obstáculos para o

enfrentamento do trabalho infantil no Brasil (CUSTÓDIO, 2006, p. 100).

Outrossim, a proteção jurídica contra o trabalho infantil também foi reproduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Consolidação das Leis Trabalhistas e, dessa forma, passou a ser efetivada por meio de políticas públicas, dentre elas, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, que é efetivado por meio de transferência de rendas, pelo trabalho social de famílias e, também, com o oferecimento de serviços socioeducativos para adolescentes e crianças exploradas pelo trabalho precoce.

## **Conclusões**

Conclui-se que o trabalho infantil acarreta consequências ao desenvolvimento humano de crianças e adolescentes, entre eles, físicos, sociais, econômicos e psicológicos e apesar de uma extensa proteção jurídica, a cultura popular que dignifica o trabalho precoce e insere as crianças e adolescentes em uma situação desfavorável para o seu pleno desenvolvimento.

A exposição da criança ou adolescente ao trabalho precoce irá atingir a sua dignidade, tendo em vista que atribui um valor ao desenvolvimento pleno de suas capacidades, sacrificando sua educação e saúde, consequentemente restringindo suas oportunidades futuras. Logo, a própria vida ou pelo menos uma relevante parcela desta, em momento de especial relevância, para o seu desenvolvimento será sacrificada por um preço vil dado como retribuição ao seu trabalho. Ou seja, a criança deixa de ser um fim em si mesma, abdica de momentos relevantes para o seu crescimento pessoal, perdendo sua dignidade, e recebendo um valor congênere ao trabalho realizado por ela.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em um contexto geral hermenêutico, torna-se instrumento de materialização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes no sistema jurídico e pela efetivação da Teoria da Proteção Integral, responsável

por fortalecer a proteção contra o trabalho infantil e garantir os Direitos das Crianças e Adolescentes.

Torna-se necessário, portanto, a efetivação das políticas públicas e medidas concretas para atingir a concretização do princípio da pessoa humana desde a infância e, dessa forma, não apenas ampliar a proteção jurídica contra o trabalho infantil, mas ainda, colocar em prática o reordenamento jurídico, a mudança de paradigma desenvolvida pelo texto constitucional de 1988.

Por fim, deve-se realizar uma mudança na concepção da sociedade para o efetivo rompimento das raízes históricas do trabalho infantil, o que oportuniza a extensão do campo de proteção às crianças e adolescentes e o rompimento das falácias perpetuadas pelo sistema menorista.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 31 out. 2018

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 02 marc. 2019

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil Contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação**. 2006. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/88949>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: reflexões contemporâneas o contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai**. Curitiba: Multideia, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da proteção integral:** pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. 2008. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

\_\_\_\_\_; VEROSENE; Josiane Rose Petry. **Trabalho Infantil:** a negação do ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis, SC: OAB/SC, 2007. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Coleção Os pensadores, vol. XIV. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril cultural, 1974.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes.** Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente:** a necessária efetivação dos Direitos Fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente:** fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82256>> Acesso em: 12 out. 2018.

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil.** São Paulo: LTR, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138.** 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm)> Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Convenção 182.** 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3597.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm)> Acesso em: 02 mar. 2019.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Direitos da Criança.** 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 29 out. 2018.

REBOUÇAS, M. V. P. ; PARENTE, A. F. G. . A Construção Histórica do Conceito de Dignidade da Pessoa Humana. In: XXII Econtro Nacional do CONPEDI UNINOVE, 2013, São Paulo. Anais do XXII Econtro Nacional do CONPEDI UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 338-367.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. **Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente:** bases conceituais da teoria da proteção integral. 2017. Disponível em: <seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/7840/4646> Acesso em: 31 out. 2018.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças:** a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2017.

RODRIGUES, Gláucia Gonçalves; COPATTI, Livia Copelli. Bullying e a violação ao direito à educação da criança e do adolescente. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva. (organizadores). **Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas.** Curitiba: Multideia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

## **IV - Direitos fundamentais e bioética**





## **ODS 3, epigenética e sustentabilidade multidimensional: análise sobre o direito à saúde e qualidade de vida das gerações futuras <sup>1</sup>**

*Tomlyta Luz Velasquez <sup>2</sup>*

### **I. Introdução**

O presente estudo almeja, sob a óptica da sustentabilidade multidimensional, compreender a sustentabilidade do direito à saúde e qualidade de vida das gerações futuras, a partir da análise do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3 (ODS 3) e dos estudos da Epigenética, considerando suas características e potencialidades, uma vez que deles denota-se a preocupação com diversos fatores de risco à saúde e qualidade de vida humana.

Busca-se cumprir dois principais objetivos: provocar uma reflexão acerca da proteção e promoção da saúde numa perspectiva sustentável; dispor sobre a influência do ambiente na saúde da sociedade atual e futura; verificar como o caráter valorativo da sustentabilidade e a epigenética fundamentam a tomada de ações sustentáveis mais ativas em prol dos direitos à saúde e qualidade de vida das gerações futuras.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001”.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Biodireito e Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista vinculada à CAPES. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3129995508979659>. Advogada. E-mail: tomlyta.velasquez@hotmail.com

Aplica-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual parte de hipóteses na forma de respostas provisórias aos problemas apresentados, passando por um processo de verificação, de modo a aceitá-las ou refutá-las, pautado na avaliação de teorias da doutrina especializada. Far-se-á uso do método de interpretação tópico-sistemático, pois a hipótese da presente pesquisa passa pela delimitação da solução no sistema jurídico brasileiro, assim como as técnicas de pesquisa utilizadas serão essencialmente as de cunho bibliográfico-documental com análises teórica e qualitativa dos materiais estudados.

O trabalho se fundamenta em proposições de teorias interdisciplinares, relacionando conceitos jurídicos e biológicos, possuindo como pontos fundamentais a análise sobre: a sustentabilidade multidimensional, o ODS 3 – saúde e bem-estar, a epigenética e os direitos das gerações futuras.

Destaca-se que as temáticas supracitadas dialogam no que tange a proteção da qualidade de vida das gerações futuras – abarcando nesse contexto o direito à saúde – pois, ao utilizar como base o entendimento multidimensional da sustentabilidade, apresenta o caráter empático e solidário da proteção e desenvolvimento do ambiente saudável sob a perspectiva de um direito-dever coletivo atual e transgeracional.

Sob o viés da justiça ambiental, o conhecimento da natureza multidimensional da sustentabilidade e a compreensão dos estudos científicos acerca da epigenética, tornam-se fatores primordiais para a tomada de ações integradas e sustentáveis capazes de equilibrar a promoção da saúde e da qualidade de vida atual e futura, através do estabelecimento de um ambiente efetivamente saudável capaz de atender a metas assentadas no ODS 3 da Agenda 2030.

## **II. “Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3 – ODS 3” e o cenário no qual ele se faz necessário**

A preocupação com as consequências geradas pelos problemas ambientais não é um assunto recente. Um grande

exemplo disso é o Relatório intitulado como “Nosso Futuro Comum” elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1987), documento o qual estabeleceu o sentido clássico de ‘Desenvolvimento Sustentável’ como a ação de satisfazer as necessidades atuais sem prejudicar a capacidade das futuras gerações de satisfazer as suas necessidades<sup>3</sup>.

Todavia, contrariando o relatório supracitado e toda a preocupação acerca da sustentabilidade ambiental, é fato público e notório que o sistema econômico-produtivo tem sistematicamente mais favorecimento que o meio natural, o que tende a agravar a crise ambiental no decorrer do tempo. O descaso com as questões ambientais, fundado nos anseios individuais do sistema capitalista de consumo, reforça a ausência de consciência ética, a partir da exacerbação da moral utilitarista, colocando em risco a sobrevivência da própria espécie humana (SILVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2011, p. 87-90).

Como consequência desta demanda exploratória de recursos naturais e degradação do ambiente, foi criado um quadro de “entropia global”, descrito por Barral e Ferreira (2006, p. 14) como “a perda recente da capacidade de resiliência do planeta”. E é por este motivo que se faz imperioso destacar o posicionamento de Juarez de Freitas (2012, p. 41-46) de que o Relatório supracitado, ainda que seja um marco histórico digno de reconhecimento, tornou-se insuficiente para conceituar a sustentabilidade com o seu devido caráter valorativo e multidimensional – que vai além do suprimento de necessidades, tratando-se, segundo o autor, de um:

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo,

---

<sup>3</sup> Também conhecido como Relatório Brundtland. Cita-se trecho do texto original: “[...] *Believing that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises [...]*”

inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Dessa maneira, a sustentabilidade, como garantidora de direitos fundamentais, não preserva apenas o equilíbrio da vida humana por meio da proteção ambiental, mas também corrobora para a redução de danos sociais que coloquem em risco a qualidade de vida e a própria sobrevivência, especialmente por seus efeitos diretos na saúde.

Devido ao cenário descrito, a proteção do direito coletivo ao ambiente saudável se tornou uma preocupação global, ensejando nas nações e organizações um empenho para estabelecimento de metas sustentáveis com escopo a diminuir – quiçá regredir – os impactos degradantes no ambiente atual e futuro.

Em 2012, foi realizada no Brasil a Conferência Rio+20, onde ficou reconhecido que todos os países, sejam eles desenvolvidos e em desenvolvimento, possuem grandes desafios para a efetivação do desenvolvimento sustentável pautado nas dimensões econômica, social e ambiental (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2018).

Deste modo, ao restar acordado que os países-membros da ONU se uniriam para o estabelecimento coletivo de metas e objetivos, a Organização das Nações Unidas (2015) criou um plano de ações sustentáveis para as pessoas, o planeta e a prosperidade, denominado de “Agenda 2030”, que traz 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas até o ano de 2030. Com a finalidade de promover a qualidade de vida das gerações futuras de forma sustentável, tais diretrizes possuem caráter universal, podendo cada país adotar de acordo com suas prioridades, atuando por meio de parcerias e de maneira pragmática.

Dentre os objetivos estabelecidos, ressalta-se o ODS 3, que tem como foco “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”, ou seja, destaca a saúde como busca de promoção da qualidade de vida da população. Desta forma,

suas metas abordam diversos âmbitos para o estabelecimento de um ambiente saudável como: a diminuição da mortalidade (por acidentes de carro, DCNTs<sup>4</sup>, produtos químicos e contaminação do ar e solo); o combate a doenças transmissíveis e não transmissíveis; o controle do tabaco; bem como o reforço na redução e gerenciamento de riscos de saúde, etc. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2015).

Para contextualizar a urgente necessidade destas metas serem colocadas em prática, têm-se o elevado número de mortalidade provocada pelas DCNTs – problema citado na ODS 3 – e o fato destas serem responsáveis também pela “incapacidade laboral, redução das rendas familiares e redução da produtividade” (SIQUEIRA; SIQUEIRA-FILHO; LAND, 2017, p. 40), como pode ser visto pelos dados apresentados pela Plataforma Agenda 2030 (2019):

Apesar do progresso, as doenças crônicas e aquelas resultantes de desastres continuam a ser os principais fatores que contribuem para a pobreza e para a privação dos mais vulneráveis. Atualmente, 63% de todas as mortes do mundo provêm de doenças não transmissíveis, principalmente cardiovasculares, respiratórias, câncer e diabetes. Estima-se que as perdas econômicas para os países de renda média e baixa provenientes destas doenças ultrapassaram US\$ 7 trilhões até 2025.

Por este ângulo, vê-se que em apenas um dos pontos abordados pelo ODS 3 há uma correlação entre diversos âmbitos de atuação Estatal e social que carecem de uma reconfiguração, uma vez que as DCNTs constituem um problema de caráter multifatorial, que incorre em danos não só no âmbito da saúde pública, mas também na economia nacional.

Neste sentido, destaca-se que, dentre os principais fatores de risco para estas doenças, estão o tabagismo e a alimentação não saudável (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018), dois exemplos de grandes

---

<sup>4</sup> Doenças Não Transmissíveis, também denominadas como Doenças Crônicas Não Transmissíveis – DCNTs.

mercados que não são regulados de maneira condizente com ditames do desenvolvimento sustentável da qualidade de vida, ressaltando, assim, um ciclo contraditório que acentua a necessidade do aspecto ético e valorativo da sustentabilidade.

Não restam dúvidas de que a proteção ambiental está associada à garantia dos direitos sociais, sobretudo a promoção da saúde, que está intrinsecamente relacionada com as condições ambientais favoráveis – como por exemplo o acesso a água, ao ar e a alimentação sem adição de componentes químicos causadores de contaminação. Por isso:

Para o alcance desse objetivo é necessário o desenvolvimento de ações conjuntas com diversos setores, pois para uma vida duradoura e de qualidade deve-se considerar temas transversais, sendo saneamento, nutrição, produção agrícola e esportes fundamentais. [...]

Neste caso, para garantir a qualidade de vida da população é imprescindível a promoção pelos governos nacionais de políticas que aumentem e qualifiquem o acesso aos serviços básicos como saúde, saneamento e nutrição. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2017).

No que diz respeito às políticas públicas de saúde, importa apontar que a sustentabilidade se faz presente sob dois pontos de vistas complementares, quais são: a proteção e melhoramento do ambiente no qual estamos inseridos; e a própria sustentabilidade do sistema público de saúde, mediante a garantia do acesso isonômico dos cidadãos presentes e futuros aos serviços de saúde (SELL; SOUZA, 2015, p. 157).

A saúde, tanto na esfera do coletivo (proteção das gerações atual e futuras) quanto da individualidade (proteção da integridade corporal e psicológica) deságua na própria proteção da vida e da dignidade, preceitos constitucionais fundamentais. Logo, pode-se afirmar que, quando não dado o devido tratamento para proteção da saúde, o Estado acaba por cancelar a “aplicação de uma pena de

morte”, principalmente àqueles que são desfavorecidos de atendimento de qualidade (SARLET, 2015).

Segundo Andreas J. Krell (1999, p. 241) “a eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis”. Neste sentido, sobre o necessário e almejado aumento do financiamento da saúde – uma das metas do ODS 3 – a Confederação Nacional de Municípios (2017) relata:

A entidade se preocupa com o futuro da saúde frente ao congelamento de gastos pelos próximos 20 anos, definidos na EC 95/2016. Neste caso, a CNM defende que o Ente que mais arrecada, a União, deveria ser o que mais investe, principalmente no que se refere à saúde. No entanto, o que ocorre é o inverso: o Ente que menos arrecada, o Município, atualmente é o que mais gasta.

Portanto, partindo deste pressuposto, denota-se que o desenvolvimento sustentável de um ambiente saudável potencialmente pode garantir recursos para combater a predestinação de uma sociedade enferma, bem como aliviar a demanda pelo sistema de saúde, naturalmente um dos maiores consumidores dos recursos do orçamento público.

### **III. Relação entre o ambiente e a saúde na perspectiva epigenética**

No que tange a relação entre o ambiente e a saúde, é pacífico o entendimento de que a prática de hábitos saudáveis diminui a incidência de doenças e auxilia em tratamentos. Tal concepção foi reforçada pela constatação do caráter transgeracional de certas mazelas, ou seja, as transferências para as gerações futuras dos ‘traumas’ fisiológicos suportados em decorrência da má qualidade de vida, como, por exemplo, o sedentarismo, o consumo excessivo de alimentos industrializados, de bebidas alcoólicas, a prática do tabagismo, a exposição a poluentes e tantos outros.



Neste viés, há, atualmente, uma releitura das ideias de Jean-Baptiste Lamarck sobre a influência do ambiente nas características do organismo – que altera o fenótipo – e que estas são passadas para as próximas gerações, tendo, portanto, caráter transgeracional. Assim, ao unir o lamarckismo com o avanço dos estudos moleculares, a biologia moderna introduziu o conceito da epigenética, que vem se consolidando como a capacidade do ambiente em alterar a função de células e tecidos, promovendo uma variação fenotípica, transformando a expressão gênica sem alterar o DNA, que é herdável pelas gerações futuras (SKINNER, 2015).

O estudo da epigenética ainda se encontra em fase de amadurecimento no que tange a comprovação científica dos efeitos diretos e a transmissão dessas características, o que não quer dizer que não haja evidências empíricas, estatisticamente testadas.

Quanto a influência do ambiente, têm-se as pesquisas feitas com gêmeos monozigóticos, que concluiu que os gêmeos quanto mais novos possuem expressões gênicas quase idênticas – por passarem mais tempo juntos – já os mais velhos, ao contrário, exibem os perfis de expressão gênica extremamente diferentes (FRAGA, et al, 2005)<sup>5</sup>.

Quanto a herança epigenética, com fulcro a comprovar a transmissão de características adquiridas, importante destacar as pesquisas clássicas ocorridas na aldeia sueca Överkalix, no Círculo Polar Ártico (KAATI, et al., 2007), e com homens e mulheres nascidos na Wilhelmina Gasthuis em Amsterdã entre novembro de 1943 e fevereiro de 1947, período conhecido como “a fome holandesa” (PAINTER, et al., 2008). Em ambas as pesquisas foram analisadas a relação entre momentos de defasagem nutricional dos avós com a longevidade e doenças crônicas desenvolvidas por filhos e netos.

Restou comprovado também que a realização de exercícios físicos pelo pai pode afetar o sistema nervoso e os processos

---

<sup>5</sup> No estudo, inclusive, confirmou-se que “from a quantitative standpoint, there were four times as many differentially expressed genes in the older twin pair as in the younger twin pair”.

cerebrais da prole, dentre eles o comportamento alimentar. À vista disso, *“obese fathers could transmit epigenetic markers on genes that regulate brain development and appetite control, thereby predisposing their offspring to obesity”*<sup>6</sup> (BARRÈS; ZIERATH, 2016).

Deste modo, a ciência avançou expressivamente ao demonstrar que fatores ambientais estão intrinsecamente relacionados às alterações epigenéticas, confirmando o fato de que estímulos externos produzem de forma direta mudanças fisiológicas, e que estas compõem a herança biológica das gerações subsequentes.

Assim, a qualidade do ambiente em qual vivemos implica diretamente na qualidade de vida e desenvolvimento individual, de maneira que assegura condições de bem-estar e, conseqüentemente, promove condições existenciais saudáveis. Segundo Goreti Sepúlveda (2018):

[...] O risco de desenvolvimento de determinadas doenças na idade adulta está altamente associado a condições ambientais adversas durante o desenvolvimento embrionário. Estudos recentes demonstram que uma dieta baseada em alimentos com alto teor de grupos metil pode afetar a metilação do DNA e, conseqüentemente, a expressão de genes, dando origem a alterações epigenéticas. Restrições alimentares durante a gestação, stress ambiental, exposição a pesticidas, toxinas e outros compostos sintéticos podem também induzir este tipo de alterações e dar fruto a graves doenças na idade adulta, nomeadamente o cancro. [...]

Neste sentido, Patricia Camacho Dias, et al. (2017, p. 4), apresenta a possibilidade da identificação de uma abordagem ampliada da promoção de saúde voltada tanto para a transformação dos comportamentos individuais, quanto para a modificação dos determinantes sociais. Esta última, por sua vez, abarca duas vertentes distintas:

---

<sup>6</sup> “pais obesos poderiam transmitir marcadores epigenéticos em genes que regulam o desenvolvimento cerebral e o controle do apetite, predispondo seus filhos à obesidade” - Tradução Livre.

[...] aquelas pautadas no paradigma da patologia, da prevenção da doença, sustentadas nos modelos epidemiológicos de fatores de risco, e outras que operam com base na abordagem socioambiental, voltadas para a construção de ambientes saudáveis e disseminação de processos universais que favoreçam a saúde.

Sob essa óptica, a epigenética se faz relevante por tornar capaz a união destas duas vertentes, pois facilita o controle dos fatores de risco pautado no desenvolvimento de ambientes saudáveis. Assim, é possível universalizar medidas individualizadas, promovendo a modificação de escolhas individuais com base na proteção do direito coletivo à saúde.

Diante disto, a sustentabilidade, como paradigma civilizacional, traz consigo novos nortes sociais e governamentais que se comprometem não apenas com o bem-estar individual, mas, sobretudo, com a preservação – e melhoria – da vida através da efetivação da sua qualidade.

Cumpre ressaltar que uma das características que distingue a epigenética da genética convencional é a sua capacidade de reversibilidade, pois uma vez que as modificações epigenéticas estão intrinsecamente relacionadas com os hábitos de vida, seus efeitos nos genes são suscetíveis de modulações. Isto posto, pode-se afirmar que, enquanto o genoma muda lentamente através dos processos de mutação aleatória e seleção natural, o epigenoma pode mudar rapidamente em resposta a sinais do meio ambiente (SAPÚLVEDA, 2018; SILVA, et. al, 2016; MULLER; PRADO, 2008).

Deste modo, a epigenética, ao se deparar com o problema sistêmico da herança de uma sociedade doente, e os respectivos custos públicos potencializados, oferece uma oportunidade para ampliação do conhecimento e melhoramento da saúde pública atual e futura. Ao compactuar, portanto, com a ideia de sustentabilidade da qualidade de vida, a compreensão da epigenética torna indispensável a salvaguarda plena da saúde como um direito social que vai além da ideia de sobrevivência, fundamentando

cientificamente a tomada de um conjunto de ações integradas e sustentáveis que garantam a qualidade de vida de modo a não apenas tratar, mas prevenir a ocorrência – ou até mesmo reverter – da predisposição das gerações futuras a desenvolver tais doenças.

#### **IV. O direito das gerações futuras à qualidade de vida fundamentado na sustentabilidade multidimensional**

No que se refere ao direito das gerações futuras, é primordial o destaque do art. 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que assegura às presente e futuras gerações o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e à vida sadia e de qualidade:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por todo o exposto, quando se aborda sobre as questões ecológicas e sustentáveis, o cuidado com os direitos das gerações futuras torna-se imprescindível, uma vez que o risco de perdas irreparáveis é eminente, requerendo, portanto, um controle sobre a intervenção atual no ambiente.

Assim, resta evidente a importância de uma visão sustentável aplicada à proteção da saúde e qualidade de vida da sociedade, posto que a sustentabilidade, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 07-18), se concretiza como um princípio estruturante do Estado Constitucional. Ao caracterizá-lo como um princípio aberto, que “não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas”, o autor destaca que, dentre as dimensões básicas transportadas pelo princípio em comento, há “a sustentabilidade intergeracional impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro”.

Deste modo, faz-se necessário o desenvolvimento da consciência de uma natureza multidimensional da sustentabilidade, que reflete no estabelecimento consciente, ético e solidário do bem-estar da geração presente visando o bem-estar das gerações futuras. Neste viés, conforme lecionado por Juarez de Freitas (2012, p. 55 et seq.), as dimensões da ‘sustentabilidade multidimensional’ são divididas em:

- i) Social – compete aos direitos sociais e à universalidade a eles relacionados, de forma a garantir uma equidade intra e intergeracional, propiciando condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas e a sobrevivência com dignidade;
- ii) Ética – reflete o íntimo de cada indivíduo ao atuar com empatia e solidariedade objetivando o bem-estar próprio e universal de maneira duradoura, sendo um engajamento de todos os seres com o fim promover o bem-estar geral;
- iii) Ambiental – em síntese traduz a responsabilidade tempestiva com o ambiente, uma vez que com o ambiente degradado (incluindo-se aqui os hábitos de vida não saudáveis, a poluição, o uso de recursos naturais, etc.) não há qualidade de vida e longevidade;
- iv) Econômica – trata sobre as perspectivas do consumo e da produção que devem se preocupar com as consequências em longo prazo, adequando os custos e benefícios sob a égide do princípio da economicidade;
- v) Jurídico-política – versa sobre a sustentabilidade eficaz, direta e imediata com o propósito de tutelar os deveres e direitos fundamentais das gerações atuais e futuras independente de regulamentação.

Com base nas dimensões que compõem a natureza multidimensional da sustentabilidade, percebe-se que esta protege o direito ao futuro por meio de uma responsabilidade solidária e intergeracional tanto do Estado quanto da sociedade.

À vista disso, destaca-se o princípio da precaução para avaliação dos riscos e fundamentação das tomadas de decisões, visando a proteção dos direitos intergeracionais compreendidos enquanto direitos coletivos, uma vez que entende-se que “o princípio da precaução, com vistas à proteção jurídica do meio

ambiente, busca implementar as melhores decisões possíveis em estados de incerteza” (LIEDKE; SCHIOCCHET, 2012, p. 122-124).

A tomada das melhores decisões visando a qualidade de vida da sociedade atual e futura – além do princípio da precaução – engloba também o princípio da responsabilidade e, sobretudo, o viés ético calcado na solidariedade com a gerações que estão por vir. Seguindo este entendimento:

Constata-se que é necessária uma mudança dos padrões de desenvolvimento estabelecidos ao longo do tempo e destaca para além da sobrevivência da humanidade, a sua qualidade de vida, a possibilidade de uma relação harmônica entre o homem e natureza, considerada como parte constitutiva da sua existência. Assim, a ética da responsabilidade repousa sob a ideia de um planeta sustentável, da existência baseada no respeito e na dignidade humana. Ser responsável não significa, portanto, um desejo voluntário e sazonal, mas uma ação prática calcada na liberdade, fundada no imperativo do dever da existência. É nessa direção que reside o alcance da conexão entre a aplicação do Princípio Responsabilidade, - por meio de uma abordagem ética direcionada ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a proteção ambiental - e a consequente continuidade da espécie humana e suas atividades (DE ALMEIDA; FREIRE, 2013, p. 05-15).

Isto posto, revela-se o deslocamento do cerne de saúde para um cerne de controle de hábitos populacionais e proteção do ambiente no qual os indivíduos estão inseridos, visando a sustentabilidade da qualidade de vida e da saúde enquanto sistema e direito fundamental. Assim, quando considerada a *práxis* necessária para perscrutir as metas estabelecidas pela Agenda 2030 no ODS nº 3, elenca-se os seguintes pontos para reflexão: (i) como o Estado pode intervir de maneira eficiente para o desenvolvimento da sustentabilidade de um ambiente saudável; (ii) como o avanço nos estudos da epigenética podem justificar a tomada de estratégias estatais mais proativas com base na proteção do direito à saúde da sociedade atual e futura.

As políticas públicas nacionais que visam a proteção ambiental necessitam de uma otimização, levando em consideração a faceta multidimensional da sustentabilidade, de modo que, ao requerer a atuação integrada dos entes políticos e da sociedade, o Estado implemente mecanismos eficientes – baseados em critérios ambientais – em todos os seus âmbitos de atuação, desde o econômico, o urbanístico, até a saúde pública.

Partindo do reconhecimento da sustentabilidade como um princípio com valor autônomo, a realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o alcance do Estado Constitucional Solidário intergeracional depende, antes de mais nada, da consciência solidária geracional, de sorte que haja o pleno acesso às condições que promovam o desenvolvimento pessoal (SOARES JÚNIOR, 2013).

Diante do antagonismo atual criado pela oposição entre o desenvolvimento econômico, que visa o aumento de riquezas monetárias, e desenvolvimento sustentável, que proporciona uma melhoria do bem-estar social, tem-se uma incompatibilidade com o caráter valorativo de sustentabilidade, bem como com as reais necessidades da sociedade. Por isso, a percepção de que as multidimensões da sustentabilidade relacionam-se umas com as outras, torna-se imperioso a manutenção de um equilíbrio entre elas, uma vez que, por serem responsáveis pela mudança de comportamento dos indivíduos, da sociedade e do Estado, viabiliza a busca pelo desenvolvimento sustentável (MENDES, 2009, p. 57-58).

Para Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 12-13) a qualidade ambiental deve ser compreendida como um patamar mínimo para a efetividade de níveis dignos da vida humana, de modo que a hipótese da sua menor violação já representa uma afronta ao núcleo essencial da dignidade humana. Em vista disso, nas palavras dos autores:

A qualidade ambiental deve, portanto, ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da

dignidade da pessoa humana, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade, sendo fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo bem-estar existencial.

Seguindo esta perspectiva, a sustentabilidade – em seu caráter multidimensional – deve servir de premissa para todas as iniciativas de políticas públicas e empreendimentos privados, afastando de uma vez por todas a ideia equivocada de que a proteção ambiental representaria algum tipo de entrave para o desenvolvimento. Deve restar cristalino o entendimento de que o desenvolvimento sustentável se dá através de um imperativo ético calcado na solidariedade para com a geração atual, futura e a própria natureza. Desta maneira, a preocupação atual não deve ser resumida na garantia dos mesmos recursos ambientais para as gerações futuras, mas torna-se também fundamental que todo o avanço científico esteja à disposição para a busca da melhoria das condições de vida das gerações futuras, uma vez que as gerações passada e atual, ao agir de maneira insustentável, já se tornaram responsáveis por limitar diversos bens essenciais para a vida plena (BODNAR; CRUZ, 2012, p. 114-115).

Por derradeiro, ciente do caráter sumário das dimensões da sustentabilidade calcadas numa visão de responsabilidade solidária, o direito à qualidade de vida – no qual a saúde se insere – das gerações futuras se torna um dever geracional de caráter democrático reforçado pela justiça ambiental, devendo ser um axioma de todas as iniciativas públicas e privadas como forma de conquistar a sustentabilidade de Estado Constitucional Igualitário para as sociedades atual e futura.

## **V. Considerações finais**

Neste artigo, partiu-se da problemática central de compreender a sustentabilidade multidimensional como princípio



balizador de políticas públicas capazes de garantir a plena qualidade de vida das gerações futuras como um direito fundamental à saúde.

Desta forma, ao apresentar o ambiente econômico-social contemporâneo, ressalta-se o desafio político da sustentabilidade refletido nos objetivos acordados pela Agenda 2030. Mais especificamente ao que se refere o ODS 3, entende-se que as metas estabelecidas para a melhoria da saúde e qualidade de vida representam grandes potenciais avanços para o balizamento das políticas públicas de saúde. Por outro lado, não se pode olvidar da dicotomia entre este objetivo e o atual avanço desregulado de determinados setores econômicos que impactam negativamente o pleno desenvolvimento sustentável.

Do exercício investigativo feito conclui-se que, diante do caráter intergeracional das consequências geradas pela utilização insustentável dos recursos naturais, as dimensões da sustentabilidade se tornam necessárias para o estabelecimento de uma base ética, solidária e política, fundamental para a interação entre o Estado, sociedade e natureza.

Sob esta perspectiva, os avanços científicos dos estudos da epigenética corroboram para uma melhor compreensão da relação biológica entre o ambiente e a saúde humana, por permitir o conhecimento de como os fatores ambientais geram a predisposição de doenças e que estes fatores podem ser modificáveis e revertidos, assim, otimizando a sustentabilidade da qualidade de vida das gerações futuras.

Destarte, unindo o entendimento das dimensões da sustentabilidade aos estudos da epigenética, tem-se reforçada a necessidade de efetivação de um conjunto de ações integradas e sustentáveis que garantam um ambiente saudável e a saúde sustentável através do controle, melhoramento e prevenção dos fatores de risco, de modo a propiciar uma vida de qualidade e duradoura, garantindo o bem-estar das gerações atuais e futuras, conforme pretendido pelo ODS 3 das Nações Unidas.

## Referências

- BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito Ambiental e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BARRÈS, Romain; ZIERATH, Juleen R. The role of diet and exercise in the transgenerational epigenetic landscape of T2DM. **Nature Reviews Endocrinology**, v. 12, n. 8, 2016. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/nrendo.2016.87>> Acesso em 04 de maio 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Conheça o ODS 3**: trabalhar para a promoção da boa saúde e bem-estar. 2017. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/index.php/comunicacao/noticias/conheca-o-ods-3-trabalhar-para-a-promocao-da-boua-saude-e-bem-estar>>. Acesso em 10 mar. 2019.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2019.
- DA SILVA, Letícia Nunes et al. Mecanismos Epigenéticos. **Revista Conexão Eletrônica**. Três Lagoas - MS, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em: <[http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2016/downloads/1.%20Ciências%20Biológicas%20e%20Ciências%20da%20Saúde/008\\_Farmácia.pdf](http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2016/downloads/1.%20Ciências%20Biológicas%20e%20Ciências%20da%20Saúde/008_Farmácia.pdf)> . Acesso em 10 mar. 2019.

DE ALMEIDA, Juliana Rosa; FREIRE, Sônia Barreto. A ética da responsabilidade e a proteção jurídico-ambiental das futuras gerações na constituição federal do Brasil. **Revista Ambivalências**, v. 1, n. 1, p. 05-15, 2013.

DIAS, Patricia Camacho et al. Obesidade e políticas públicas: concepções e estratégias adotadas pelo governo brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 7, e00006016. 2017, p.4. ISSN 1678-4464. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2017000705001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017000705001&lng=en&nrm=iso)> Acesso em 01 dez. 2018.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Novatez, 2008.

FRAGA, Mario F. et al. Epigenetic differences arise during the lifetime of monozygotic twins. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 102, n. 30, p. 10609, 2005. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/102/30/10604.full>> . Acesso em 03 de mai. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAATI, Gunnar et al. Transgenerational response to nutrition, early life circumstances and longevity. **European Journal of Human Genetics**, v. 15, n. 7, 2007. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/5201832>> Acesso em 03 de mai. 2018.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**. Brasília. 1999.

LIEDKE, Mônica Souza; SCHIOCCHET, Taysa. O direito e a proteção das gerações futuras na sociedade de risco global. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 9, n. 17, p. 109, 2012.

MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, p. 49-60, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a Vigilância de DCNT**. 2018. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/43036-sobre-a-vigilancia-de-dcnt>>. Acesso em 09 mar. 2019.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2018. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/135-agenda-de-desenvolvimento-pos-2015>>. Acesso em 09 mar. 2019.

MULLER, Henrique Reichmann; PRADO, Karin Braun. **Epigenética: Um Novo Campo da Genética.** RUBS Curitiba, v.1, n.3, p.61-69, set./dez, 2008.

ONU BR. **Objetivo 3.** Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods3/>> Acesso em 07 nov. 2018.

ONU BR. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em 07 nov. 2018.

PAINTER, R. C. et al. Transgenerational effects of prenatal exposure to the Dutch famine on neonatal adiposity and health in later life. **BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology**, v. 115, n. 10, 2008. Disponível em: <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1471-0528.2008.01822.x>> Acesso em 03 de mai. 2018.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Objetivo 3. Saúde e Bem-Estar.** Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/3/>> Acesso em 07 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SELL, João Baptista Vieira; SOUZA, Marcelo Volpato de. A necessidade de adoção de políticas públicas sustentáveis, nas dimensões econômica e social, diante da precariedade do atual sistema de saúde brasileiro. In: FERRER, Gabriel Real; MOLINA, Andrés (Coord.). **Direito Ambiental e Sustentabilidade.** v.2. 2016. Disponível em: <<https://iuaca.ua.es/es/documentos/documentos/ebooks/ebook-univali-2016-v2.pdf#page=152>>. Acesso em 09 de mar. 2019.

SEPÚLVEDA, Goreti. **Epigenética**. Knoow Enciclopédia Temática. Disponível em: <<http://knoow.net/cienterravida/biologia/epigenetica/>> Acesso em 10 mar. 2019.

SILVA, Patrícia Melo; DE OLIVEIRA, Gabriel Lúcio; DOS SANTOS, Luciano. Ética para o Desenvolvimento Sustentável: uma responsabilidade para com as gerações futuras. **Cadernos de Educação, Tecnologia e Sociedade**, v. 2, n. 1, p. 87-90, 2011.

SIQUEIRA, Alessandra de Sá Earp; DE SIQUEIRA-FILHO, Aristarco Gonçalves; LAND, Marcelo Gerardin Poirot. Análise do Impacto Econômico das Doenças Cardiovasculares nos Últimos Cinco Anos no Brasil. **Arq Bras Cardiol**, v. 109, n. 1, 2017, p. 40. Disponível em: <<http://draalessandrasiqueira.com.br/media/analisedeimpacto.pdf>>. Acesso em 02 dez. 2018.

SKINNER, Michael K. Environmental Epigenetics and a Unified Theory of the Molecular Aspects of Evolution: A Neo-Lamarckian Concept that Facilitates Neo-Darwinian Evolution, **Genome Biology and Evolution**, Volume 7, Issue 5, 1 May 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/gbe/evv073>> Acesso em 01 dez. 2018.

SOARES JÚNIOR, Jair. A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3485, 15 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23435>>. Acesso em 10 mar. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. **42/187. Report of the World Commission on Environment and Development**. 96th plenary meeting 11 December 1987. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em 09 mar. 2019.

## **V - Direitos fundamentais na perspectiva do direito penal**



***Three strikes and you're out:***  
**a influência do direito estadunidense no tratamento**  
**concebido aos crimes hediondos brasileiros**  
**à luz dos direitos fundamentais**

*Roberta Eggert Poll*<sup>1</sup>

*Aline Pires de Souza Machado de Castilhos*<sup>2</sup>

## **Introdução**

Em 1993 foi depositada, no Estado de Washington (U.S.A.), uma proposta legislativa com objetivo de atribuir pena de prisão perpétua, sem possibilidade de concessão de liberdade condicional, para indivíduos condenados pela terceira vez, pela prática de crimes considerados sérios ou violentos. Tal medida foi alimentada pela trágica morte de Diane Ballasiotes – morta por um criminoso condenado, que havia sido libertado da prisão após a concessão de uma condicional -. Anteriormente, Polly Hannah Klaas, também havia sido brutalmente assassinada em 1981, no Estado da Califórnia

---

<sup>1</sup> Advogada. Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela UNESA. Bacharela em Direito pela UNESA. Palestrante e autora de livros e artigos em revistas especializadas. E-mail: roberta.poll@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7508668026521594>.

<sup>2</sup> Auxiliar de Juiz junto a 10º Vara Criminal da Comarca de Porto de Alegre. Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal - sistema constitucional e direitos humanos pela UFRGS. Bacharela em Direito pela PUCRS. Palestrante e autora de publicações e artigos em revistas especializadas. E-mail: alinepirescastilhos@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7508668026521594>.



(U.S.A.), por outro indivíduo que possuía extensa ficha criminal violenta, tendo sido agraciado com uma liberdade provisória.

Diante desses casos, pretendeu o Parlamento Americano adotar um grito de guerra, que mais tarde recebeu a denominação *three strikes and you are out*, (em tradução livre “três golpes e você está fora”), cuja aprovação se deu em 1997, abrangendo 24 (vinte e quatro) outros Estados norte-americanos, tornando-se uma política federal de condenação por crimes graves e violentos. Neste contexto e, considerando que a legislação brasileira também atribui especial relevo aos crimes sérios ou violentos, denominados de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), objetiva-se fazer uma análise da teoria do *three strikes and you are out*, tendo-se em vista a questão da estigmatização deixada no “*strike*”, isto é, naquele indivíduo que já passou por uma condenação prévia e por tal motivo se torna estigmatizado e frágil perante à coletividade e à persecução penal.

A problemática proposta, considera a tutela concebida pela Constituição Federal de 88 a todos os acusados de crimes, independentemente da sua natureza e, o próprio estigma deixado no acusado. A pesquisa se mostra inédita diante dos poucos trabalhos relacionados ao tema na seara acadêmica brasileira, bem como por propor uma análise atual e inovadora na criminologia crítica, frente ao Direito Penal mínimo. Outrossim, diante da limitada bibliografia sobre a temática e, na tentativa de realizar uma pesquisa abrangente, serão coletados dados quantitativos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, considerando a reincidência em crime de latrocínio (roubo seguido de morte – art. 157, §3º, inciso II, do Código Penal), na medida em que o legislador brasileiro o qualifica como crime hediondo (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072/90).

O objetivo geral do presente trabalho é a análise da teoria estadunidense do *three strikes and you are out*, no sistema jurídico brasileiro, considerando o sistema de proteção da Constituição Federal de 88 aos acusados por crimes graves e violentos, independentemente de sua natureza ou reincidência. Os objetivos

específicos se traduzem na avaliação acerca da estigmatização deixada no autor do crime (“*strike*”) frente à sociedade e o Poder Judiciário, bem como o estudo da legislação penal estadunidense e brasileira sobre o tema, comparando-se suas peculiaridades e nuances. Ademais, o presente ensaio se destina a analisar a razoabilidade jurídica e a viabilidade prática da adoção da teoria dos *strikes* frente aos efeitos penais ensejados pela estrutura legislativa na realidade prática brasileira, tendo por base um Direito Penal mínimo, a partir do estudo junto à criminologia crítica.

O problema de pesquisa interliga noções de direito penal, direitos fundamentais e criminologia, sobretudo a criminologia comparada, especialmente a teoria do *Three Strikes and You’re Out*; daí porque um dos métodos condutores da pesquisa é o *dialético*. Desse modo, tem-se como certo que o mais adequado e criterioso método se refere ao pensamento hermenêutico contemporâneo. Outrossim, sabendo que serão coletados dados quantitativos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a pesquisa também terá como método condutor o *empírico*. A o lado do método de abordagem hermenêutico, adota-se como método de procedimento o *monográfico*, pois a pesquisa destina-se a um estudo direcionado em uma temática delimitada e específica (na medida em que esse é o método que garante maior segurança ao desenvolvimento do trabalho investigativo).

A técnica de pesquisa a ser adotada é a *bibliográfica* (nacional e estrangeira), consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em livros, artigos, e obras de um mesmo gênero, conhecendo e analisando as principais contribuições acadêmicas sobre o tema. Em razão dessa clara natureza interdisciplinar do problema, a perspectiva científica será orientada pelas correntes teóricas da pós-modernidade, ou da contemporaneidade.

Para abordar o referido problema de pesquisa no processo de construção do artigo, se partirá de conhecimentos gerais, específicos das obras trabalhadas, para construir a ideia ora proposta, por meio da dedução dos princípios dogmáticos envolvidos; ou seja,

consistente na pesquisa bibliográfica acerca do tema e assuntos correlatos, com posterior análise do material e elaboração de sínteses dos textos examinados, explicando o conteúdo das premissas, por intermédio de raciocínios descendentes, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões.

A escrita divide-se em dois tópicos substanciais para estabelecer uma compreensão geral e interdisciplinar do conteúdo proposto, quais sejam: Crime, criminoso e reincidência: para além de uma visão punitivista do *striker* à luz da doutrina brasileira e estadunidense; possíveis resultados da adoção da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua capacidade de produzir resultados positivos em matéria de segurança pública.

### **1. Crime, criminoso e reincidência: para além de uma visão punitivista do *striker* à luz da doutrina brasileira e estadunidense.**

Inexoravelmente o discurso punitivista agrada à sociedade como um todo, na medida em que nele deposita as suas esperanças. Os veículos midiáticos exercem poderosa influência em nosso meio, convencendo a sociedade acerca da necessidade de mais tipos penais, penas mais severas, menos benefícios na execução penal, menos humanidade (CASTILHOS; POLL, 2018, p. 119-135). Não por outro motivo que, em 16 de maio de 1997, o juiz de direito José Geraldo Antônio foi aplaudido de pé ao ler a sentença que condenava Paula Thomaz e Guilherme de Pádua pela morte de Daniella Perez.

A violência do crime chocou o país – Daniella, que à época era atriz de um famoso grupo midiático, foi morta aos 22 (vinte e dois) anos, por seu par romântico na trama televisiva –, o caso teve tanta repercussão e comoção nacional que sua mãe (a escritora Glória Perez) recolheu mais de 1,3 (um vírgula três) milhões de assinaturas na tentativa de modificar a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). O objetivo era inserir no rol de crimes, previsto no artigo

1º, o homicídio qualificado que a época merecia tutela tão somente pelo Código Penal.

A lei foi alterada no ano de 1992 e o homicídio qualificado passou a ser insuscetível de graça, anistia e fiança, merecendo o condenado ainda regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Ocorre que, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o referido dispositivo da lei que vedava a progressão de regime, demonstrando mais uma vez que o punitivismo exacerbado, sem qualquer fundamentação, não se sustenta.

No outro extremo da América, no ano de 1993, Polly Hannah Klass, uma garota de 12 (doze) anos, residente na Califórnia (Estados Unidos da América) foi sequestrada e assassinada por Richard Alle Davis, cuja longa ficha criminal lhe precedia. O crime também causou comoção nacional pelo fato de o sujeito ter sido agraciado com um benefício na execução penal antes de cometer o crime sendo que, em março de 1994, foi aprovada uma lei, que passou a ser conhecida como *The three Strikes and you're out*. Em linhas gerais, a *Proposition 184* (ou lei do *Strike*) pune a reincidência para determinados tipos de crimes de forma mais gravosa, merendo, em alguns deles, pena de prisão perpétua sem direito a qualquer benefício na execução penal (BOSON, 2015, p. 13).

Nesse universo de inflação legislativa e punitivíssimo acirrado abre-se um amplo campo de pesquisas tendo por base a suposição de que criminosos são essencialmente diferentes de não-criminosos e que é possível encontrar nessa diferença a explicação da fundamentação para a conduta transgressora da ordem imposta. Essencialmente, tem-se presente conceitos de cultura, estrutura social, socialização, internalização e meios de comunicação na sociedade. Um dos autores que tem posto em causa a qualidade de pessoa de certos grupos desviantes é o alemão Günther Jakobs (2006, p. 20), para quem pessoa não é o ser humano individual, a personalidade inata, mas uma construção normativa – a pessoa jurídica – composta por três elementos: uma unidade de direitos e

deveres, que se comporta de modo fiel ao Direito, e fornece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal. O doutrinador alemão procede, de certa forma, a uma ruptura entre o indivíduo que vem ao mundo e inicia nesse embate uma experiência de dignidade na relação com os outros e o destinatário das expectativas contra fáticas em que as normas jurídicas, em seu entender, consistem.

Talvez esse entendimento faça sentido em um universo composto de indivíduos que respeitem o conteúdo da proibição das leis. Mas, no Brasil, diferentemente do que supõe o senso comum, a criminalidade não é um desvio praticado por uma minoria, mas, ao contrário, um comportamento de largos extratos ou mesmo da maioria dos membros da nação. O que ocorre, na verdade, é que as pessoas desconhecem o mundo das leis penais. Atualmente, no Brasil, há 1.688 (mil seiscentos e oitenta e oito) tipos penais (modelos de comportamentos proibidos) previstos no Código Penal e em diversas legislações esparsas. Esse número aponta que o brasileiro, ao longo de sua vida, poderá praticar ao menos um crime (mesmo sem saber que a conduta era proibida). Mas por que então o estigma acaba recaindo apenas sob aqueles que praticam crimes sérios, violentos ou repulsivos? Por que o *strike* tem que cumprir pena em regime integralmente fechado sem direito a qualquer benefício na execução penal?

Na busca pela compreensão da política de segurança pública brasileira há que se levar em conta que ela é apenas uma das partes da Política Criminal. Dessa forma, ao se analisar uma política, como a do *Three Strike*, é preciso situá-la em um contexto mais amplo, tendo em vista que ela representa apenas o início de um problema muito maior. Isto porque, não existe qualquer objetividade nas decisões de encarceramento, na medida em que não existe estudo de impacto legislativo. Se considerarmos apenas o que diz o Código Penal e as leis esparsas, percebe-se, com eloquência, que o sistema prisional não pretende abrigar todos os que cometem crimes, mas apenas os “escolhidos” e, que qualquer pessoa poderá incidir em

determinado dispositivo, em alguma época da vida (AGUIAR, 2007, p. 17).

Além de seletivo, o sistema prisional também é carente de sustentação teórica. Veja-se que, as penas, desde que foram criadas, serviram como meio de punição e expiação do culpado e, por esse raciocínio, deveriam ser cruéis e sofridas para que se pudesse alcançar o sentido de “recuperação do condenado”. Só mais recentemente que o homem compreendeu a necessidade de recuperação do encarcerado, isto é, fazê-lo retornar ao seio social purificado de seus atos (melhorado). Ocorre que, não há como conciliarmos essas duas funções da pena: punição e recuperação, na medida em que para punir alguém é necessário maltratar de alguma forma (a restrição da liberdade se insere nesse campo) e, ainda assim, é preciso também recuperá-lo. Fato é: como iremos recuperar alguém pelos maus tratos?

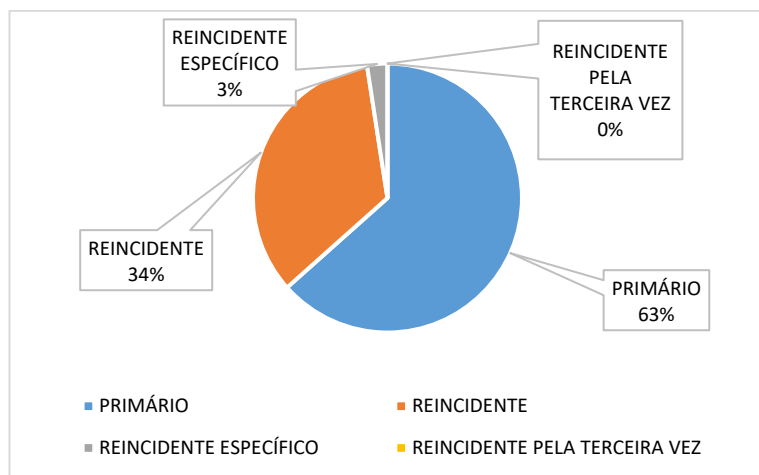
Se queremos realmente reinserir esse indivíduo desviante na sociedade porque cada vez mais utilizamos de intimidações legislativas como forma de punição? Se o próprio sistema penal é falho em reinserir social, na medida em que não garante condições mínimas de salubridade para cumprimento da pena, por que aquele que voltou a delinquir no mesmo tipo penal (reincidente) merece solução mais dura? É inquestionável que a delinquência não diminui pelo simples fato da criação de um novo tipo penal ou pelo aumento de penas em caso de reincidência. O encarceramento não reabilita ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva que serve apenas para reforçar os valores negativos do encarcerado (BITENCOURT, 2012, p. 1.031).

A mais disso, a realidade prática brasileira aponta que os índices de reincidência específica<sup>3</sup> são diminutos. Analisando-se

---

<sup>3</sup> Ocorre a reincidência quando o agente, após ter sido condenado definitivamente por outro crime, comete novo delito, desde que não tenha transcorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a prática da nova infração. Existem três espécies de reincidência: a real, que é computada apenas quando o agente já cumpriu integralmente a pena pelo crime anterior; a ficta, adotada pela legislação brasileira, que existe apenas com a ocorrência da condenação anterior;

quarenta e um acórdãos, da Quinta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicados entre 19-09-2018 e 25-10-2006, cuja condenação foi por crime contra o patrimônio (especificamente latrocínio – art. 157, §3º, inciso II, do Código Penal), tem-se que apenas quinze indivíduos tiveram suas penas aumentadas em virtude da reincidência do art. 61, inciso I, do Código Penal, apenas um era reincidente específico e, nenhum indivíduo havia sido condenado pela terceira vez pelo mesmo tipo penal: senão vejamos:



Veja-se que, a coleta dos dados abrangeu a análise de apelações crime e recursos em sentido estrito, nos últimos doze anos, por um delito considerado hediondo à luz da legislação brasileira (art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072/90). Nesse sentido, se aplicássemos a *Lei do Strike*, não haveria um único indivíduo sequer que se enquadraria nos ditames da lei. Pelo contrário, os dados apontam que a grande maioria (63% - sessenta e três por cento) é primário no respectivo crime analisado. Outrossim, ainda que considerássemos os 35% (trinta e cinco por cento) que são

---

e a específica, quando o delito anterior e posterior integra os crimes citados no art. 83, V, do CP, quais sejam, crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim, e terrorismo.

reincidentes ter-se-ia que levar em consideração a garantia de individualização da pena. *“Não se pode igualar os desiguais, pois nem sempre a mesma resposta punitiva do Estado é a solução para duas pessoas que cometeram idênticos delitos”* (BOTTURA, 2018, p. 4), na medida em que o contexto fático-probatório exige, por si só, análises individualizadas, merecendo, portanto, diferentes formas e graus de reprovação para a justa e adequada aplicação da lei penal.

A reincidência é uma agravante que visa punir com mais severidade aquele que, uma vez condenado, volta a delinquir, demonstrando que a sanção aplicada não foi suficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Ocorre que, como já mencionado, é uma tarefa deveras complicada recuperar um condenado por meio de um instrumento que muito se assemelha as torturas da idade média (EYMERICH, 1993, p. 19). A superlotação das cadeias públicas associada à sua insalubridade e precariedade, faz com que as prisões sejam um ambiente propício à proliferação de doenças, uso de drogas, sedentarismo e construção de uma personalidade totalmente voltada para a prática de novas condutas criminosas. A reincidência, nesse ponto, acaba se tornando uma dupla penalização: o indivíduo voltou a cometer delitos porque o próprio Estado prestou um desserviço público, violando, inclusive, normas básicas de dignidade humana, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a Constituição Federal e as disposições da Lei de Execuções Penais.

Nessas circunstâncias, a manutenção do indivíduo encarcerado, em um estado deplorável, faz com que a pena perca completamente o seu caráter ressocializador, tornando-se um instituto que visa unicamente afastar o sujeito do convívio social, esquecê-lo (FOUCAULT, 2015, p. 31). Punir, esse mesmo indivíduo, com penas agravadas, limitando seus benefícios na execução penal, em decorrência do cometimento de novos crimes, somente auxilia nesse ciclo vicioso – crime-prisão, prisão-novos crimes –. Outrossim, não pense o leitor que a saída seria um abolicionismo



penal,<sup>4</sup> na medida em que a sociedade brasileira ainda não atingiu tal ápice de civilidade. Porém, há cada vez mais a necessidade de uma reflexão crítica que confronte verdadeiramente tais questões, sob pena de chegarmos a um “*verdadeiro genocídio social legitimado pelo próprio sistema penal*” (DAVID; MACCOPPI, 2018, p. 13).

Em suma e retomando o prelúdio, não causa estranheza a grande aceitação, por parte da população brasileira, de incorporações legislativas punitivistas (como a do *striker*). Tais medidas de política criminal contam, ainda, com altos índices de aprovação e permanência, apesar de não demonstrarem, na prática forense, uma redução do número de reincidência. Todavia, em se afastando o condenado do espaço físico comum (por todo o período de pena imposto), é preciso fornecer ao mesmo tempo alguma mudança em sua vida para que o caráter ressocializador tenha efeito. Caso contrário estaremos sempre retroalimentando o sistema.

## **2. A adoção da teoria do *The three Strikes and you're out* no ordenamento jurídico brasileiro e seu potencial como redutor da criminalidade - uma solução factível ou mais do mesmo?**

Não é novidade que políticas de natureza criminalizadoras são recebidas de maneira positiva pelo nosso país. A mídia recebe com aplausos e a população vê seu desejo de vingança contra os “destruidores da paz social” energizado e assim, ambos depositam suas esperanças de busca de paz social naquela nova, mas não inovadora, norma penal. E assim tem sido há anos, mesmo que não tenhamos qualquer tipo de resultado positivo com a repetição desta forma de “combate à criminalidade”.

---

<sup>4</sup> Movimento relacionado à descriminalização, que é a retirada de determinadas condutas de leis penais incriminadoras e à despenalização, entendida como a extinção de pena quando da prática de determinadas condutas. Trata-se de novo pensamento que vem ganhando adeptos entre penalistas especialmente na Europa, fruto de estudos de autores como: Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha).

A política do *The three Strikes and you 're out* não é nada mais do que mais um exemplo de norma criminalizadora que aposta no recrudescimento da lei e aumento das penas como forma de reduzir a violência. Todavia, diante do já exposto, questiona-se: seria essa uma forma de trazer resultados positivos em matéria de segurança pública?

Primeiramente, antes mesmo de analisarmos o potencial de redução de criminalidade de uma norma como essa, temos que analisar o seu grau de incidência. Como já referido, muito provavelmente a abrangência de uma futura lei com tal previsão seria diminuta. Em que pese a exposição empírica mencionado neste trabalho, vale ainda mencionar pesquisa realizada junto à 10<sup>a</sup> Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre.<sup>5</sup> No estudo em questão, foram analisados 70 processos, do período de outubro de 2018 a março de 2019, todos relativos a porte de arma e tráfico de drogas. Do total de réus envolvidos, apenas 14 eram reincidentes, o que demonstra que, caso adotada a teoria do *the three Strikes and you 're out*, sua aplicação seria muito reduzida. Note-se, ainda, que os números da pesquisa demonstram que o que é preocupante é o número de pessoas que ingressam, todos os dias no sistema penal, e não aqueles que voltam a reincidir.

Note-se que, atualmente, a reincidência é a única causa de aumento de pena que traz à tona uma condenação anterior, em que pese tal circunstância seja analisada no momento de se conceder um eventual benefício de liberdade provisória ao réu (ROSSETTI, Janora Rocha, 1988, p. 401). Todavia, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 453.00 em 04/04/2013 pelo STF, ao qual afirmou a constitucionalidade do instituto da reincidência, analisando as repercussões de um eventual reconhecimento de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, lembrou que esta não se reduz à agravante genérica, se estendendo a mais de vinte

---

<sup>5</sup> Pesquisa autorizada pelo Tribunal de Justiça e pela Juíza de Direito Traudi Beatriz Grabin, magistrada responsável pela 10<sup>a</sup> Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, sob a coordenação de Aline Pires de Souza Machado de Castilhos.

institutos penais e processuais, assim como à fase de execução penal, sendo analisada na progressão de regimes, penas substitutivas, livramento condicional, suspensão condicional do processo, entre outros benefícios. (TOBAR, 2015, p. 119/120). Assim, note-se que a reincidência já está devidamente considerada em nosso ordenamento, o que retira a possível inovação da adoção da teoria do *three Strikes the and you 're out*.

A reincidência já recebe um tratamento exagerado e inconstitucional em nosso sistema, já que fere a proibição do *bis in idem*, e, não há como negar, estamos punindo o réu duas vezes pelo mesmo fato, de forma que a adoção da teoria do *three Strikes* agravaria essa situação. Além de todas as previsões já mencionadas, é possível pensar na aplicação sucessiva da reincidência, para o mesmo réu, a qual incidiria oito vezes: prisão preventiva sem possibilidade de liberdade provisória, aumento de pena, impossibilidade de concessão de *sursis*, condenação, quando a reincidência for em crime doloso, à pena privativa de liberdade e, necessariamente, em regime fechado e aumento de prazo para livramento condicional. É preciso ressaltar, ainda, que em certos delitos, ainda temos consequências gravosas derivadas da reincidência como no furto e no estelionato, uma vez que tem o condão de impedir o reconhecimento de causas de diminuição de pena e, caso a reincidência seja específica em crime hediondo, impede o livramento condicional. Por fim, ainda que não ocorra de forma expressa, a reincidência impede o acesso a benefícios como, por exemplo, transação penal (SICA; FERREIRA, 2012, p. 465/466).<sup>6</sup> Assim, não há como negar que o instituto da reincidência encontra-se excessivamente valorado em nosso ordenamento jurídico, não se justificando a adoção de um novo mecanismo para este fim.

Contudo, ainda que deixemos de lado uma eventual inconstitucionalidade do instituto da reincidência, e o fato de que o instituto se encontra considerado na legislação, a fim de justificar a

---

<sup>6</sup> Vide art. 76, parágrafo quarto, da Lei nº 9.099/1995.

adoção da teoria *three Strikes the and you're out*, esta deveria se mostrar como uma forma efetiva de combate à violência. Todavia, esta não parece mostrar-se como uma forma de reduzir os índices de criminalidade, já que estaríamos utilizando de um mecanismo já amplamente utilizado e que não tem trazido qualquer resultado, salvo o de alimentar o sentimento da vingança da sociedade em relação àquele que cometeu um delito.

Na verdade, a sociedade precisa avaliar os seus objetivos no que se refere ao combate à criminalidade. Queremos reduzir a violência ou nos vingarmos daqueles que infringiram as nossas leis? Se nosso objetivo é reduzir os índices de violência, precisamos ter em mente que leis que aumentam penas e criam delitos, a exemplo da polícia do *The three Strikes and you're out* não atingem esse objetivo. Essa política tem sido utilizada desde sempre e os objetivos alcançados foram apenas a multiplicação da violência e alimentação do sentimento de vingança na população, o qual não soluciona nossos problemas. Enquanto não encerrarmos soluções reais, as quais demandam investimentos sociais direcionados ao combate às desigualdades e tempo, seguiremos na roda vida da inflação legislativa e a ausência de resultados voltados a redução da violência.

A ideologia da defesa social, baseada no discurso do medo prevalece e encontra-se enraizada no senso comum de que o criminoso, e especialmente o reincidente, é o responsável pelo mal que aflige a coletividade. O estado, então, é convocado a atuar no combate à criminalidade e sua tutela acaba por ser prestada mediante o incremento do sistema penal, o que ocorre em diversas áreas da sociedade, outrora regulamentadas por outras áreas do direito. Desta feita, temos a ampliação do direito penal, que não mais pode ser chamado de *ultima ratio*. Tal fato pode ser comprovado pelo excessivo número de leis extravagantes que temos em nosso ordenamento jurídico, as quais tratam dos mais diversos temas: direito do consumidor, meio ambiente, informática, tributário, econômico, apenas para citar alguns. Todavia, o fato é que quanto mais crimes são criados, maior é a cifra negra em relação a eles, já

que na maior parte destas áreas, por se tratarem de crimes cometidos por indivíduos de grande poder econômico, o Estado não possui o aparato necessário para uma resposta adequada o que gera a conclusão de que estes indivíduos são imunes às agências de controle penal e assim, a normatização, além de excessiva, acaba por se tornar inútil por ausência de efetividade e aplicação (BERLA, 2010, p. 387 e 415).

Todavia, em que pese a proliferação de normas, é possível observar que a atuação do sistema ocorre em indivíduos que podem ser mais facilmente capturados pelo sistema (ZAFFARONI et al, 2003, p. 46). O enfrentamento da criminalidade é voltado para as massas, as quais cometem, essencialmente, três tipos de crimes: roubo, furto e tráfico de entorpecentes, e sobre estas pessoas que incidem políticas como a *The three Strikes and you're out*, o que denota o problema da seletividade do sistema penal.<sup>7</sup>

A reincidência é como uma etiqueta social, que no momento em que é afixada no indivíduo, gera incontáveis efeitos nefastos. Ademais, uma série de comportamentos esperados e traduzidos em legislação perante a sociedade, são, muitas vezes, adotados pelo indivíduo, que passa a assumir o papel dado a ele pela a sociedade, já que se vê neste papel, quer seja, o de bandido reincidente. Tal comportamento de aceitação do papel social a ele destinado e a atuação conforme o esperado foi denominada de “role engulfment”, ou “mergulho no papel desviado” (SHECAIRA, 2008, p. 294), e que pode ser encarado como mais uma nefasta consequência do instituto da reincidência e que, via de consequência, acaba de produzir um efeito oposto ao esperado.

Precisamos abandonar a ideia de que o direito penal é a solução para todos os problemas, em especial os que possuem causas sociais. O ciclo deve ser rompido, sob pena de seguirmos em

---

<sup>7</sup> Em 2002, no Estado de São Paulo, estes três crimes representavam 98% dos presos em custódia do estado. No caso, 64% estavam presos por roubo, 19% por tráfico de drogas e 15% por furto. Os valores ultrapassam 10% uma vez que alguns presos cumprem pena por mais de um crime (Censo Penitenciário 2002. Disponível em: <[www.funap.sp.gov.br](http://www.funap.sp.gov.br)>. Acesso em: 08 mar. 2019.

um processo de inflação legislativa e expansão indevida do direito penal, ausente de qualquer efeito de ordem prática.

## Considerações finais

A teoria do *Three Strikes and You're Out* pode até parecer mais uma daquelas teorias que são desenvolvidas e consolidadas no Poder Legislativo para atender o apetite de um público ansioso por políticas públicas que corrijam um sistema penal falho e precário; mas, na verdade, ela se traduz em um apelo generalizado de uma população desesperada, que percebeu por meio dos mais variados instrumentos midiáticos, que o sistema de justiça criminal estadunidense era excessivamente tolerante e incapaz de protegê-los de condenados por crimes sério e violentos (AUSTIN, 2000, p. 9).

A justificativa teórica para a adoção da “teoria dos *strikes*” e, para consolidação dessas políticas, está relacionada com a reincidência em crimes graves, denominados no Brasil de crimes hediondos (lei nº 8.072/90). Nessa seara, se o indivíduo já tiver sido condenado anteriormente por outros dois crimes graves isso, por si só, demonstra sua periculosidade, bem como a incapacidade de o sistema penal realizar a sua ressocialização, de tal sorte que a única medida a ser alcançada seria a entrega de punições rápidas, certas e severas – penas perpétuas ou acima de vinte e cinco anos, devendo o indivíduo cumprir pelo menos oitenta e cinco por cento, sem direito a qualquer benefício na execução penal – (BEALE, 2013, p. 3).

A dissuasão geral seria alcançada aos delinquentes contumazes com a finalidade de suprimir tendências criminosas de criminosos habituais. Diante do cometimento do segundo crime grave o condenado pesaria as consequências de cometer outra infração violenta, tão somente pela possibilidade de aplicação de pena de prisão perpétua, sem direito a liberdade condicional (CHEN, 2008, p. 4). No entanto, para que esta consequência gravosa pudesse ser aplicada ao “*striker*” seria necessário o preenchimento de algumas condições: (1) o infrator deveria estar bem informado

acerca da nova política de condenação estatal; (2) o infrator deveria acreditar que haveria alta probabilidade de prisão e condenação se persistisse no cometimento de crimes graves e violentos. Tal medida isolaria e incapacitaria, assim, os criminosos habituais (AUSTIN, 2000, p. 10).

Não obstante, apesar de sedutora, a “teoria dos *strikes*” esbarra em alguns nódulos problemáticos, que começam pela ideia de um Direito Penal mínimo, ou seja, a sociedade tem de entender que o Direito Penal não é a solução de todos os males que a afligem; passando pelo próprio fundamento do sistema jurídico-penal, no sentido de que os direitos e garantias fundamentais existem para proteger o acusado do *ius puniendi* estatal. Em outras palavras, o Direito Penal e o Processo Penal só existem para tutelar o criminoso e não a sociedade e muito menos o Estado (GRECO, 2016, p. 12); chegando na própria concepção da criminologia crítica, que procura estudar o criminoso como um sujeito estigmatizado, isto é, alguém com um comportamento rotulado como tal (ZILIO, 2015, p. 5).

Não obstante, verifica-se que as normas não devem ser produto de um grupo privilegiado e nem a criminalidade deve ser objeto de uso político, instrumentalizado pelos meios de comunicação, os quais são os responsáveis por publicizar os “melodramas do cotidiano”. (LYRA; HOMMERDING, 2014, p. 322). A segurança é tema ligado à administração e à política, sendo um erro o seu deslocamento para a seara da legislação, o que provoca a proliferação de normas irracionais e que buscam fins políticos ilegítimos (MENDONZA BUERGO, 2001, p. 60).

Por mais difíceis que sejam os tempos atuais não devemos desconsiderar os direitos fundamentais e os direitos humanos já conquistados ao longo de duros séculos de luta, bem como uma contenção equilibrada do Direito Penal brasileiro tão batalhado pela sociedade como um todo. Não podemos ceder ao crescente aumento das violações ao direito humanitário perpetradas em nome de uma “Lei e Ordem”, sem a observância dos direitos e garantias

constitucionais dos cidadãos, em nome de uma contenção da violência e da barbárie.

Em suma, a pesquisa se mostra extremamente atual, trabalhando temática ainda pouco estudada no Direito brasileiro, merecendo estudo e aprofundamento acadêmico.

O sistema penal norte-americano baseado em um federalismo centrípeto com constituições efetivamente válidas e fortes em cada Estado, traz um abismo entre as possibilidades legislativas de cada Estado (*dual court system*). Esse movimento faz com que teorias como a do *Three Strikes and You're Out* ganhem força para atender aos anseios de uma população acuada pelo aumento desenfreado da criminalidade, sem que o órgão federal tenha que se preocupar com tal demanda.

No Brasil, apesar da adoção de um federalismo centrífugo, que concentra todo o poder em um órgão central federal (União), também é possível verificar a ascensão de leis que buscam atender um grupo específico de eleitores, como é o caso da lei dos crimes hediondos, cuja aprovação e promulgação ocorreu após a morte da atriz Daniella Perez, no ano de 1992, morta por um companheiro de profissão.

Ocorre, que para realizar uma análise séria e profunda acerca da teoria dos *strikes*, é necessário investigar os fatos anteriores que desencadearam a opção legislativa. Tal modelo de criminalização é marcado por pressões de grupos políticos, organizações de cunho social e representações caricatas do que seriam considerados crimes graves ou violentos.

Em verdade, mister refletirmos sobre a utilização do direito penal como forma se solucionar problemas de cunho social. Enquanto não agirmos na causa dos problemas, e buscarmos soluções às questões de ordem social, seguiremos na roda viva do direito penal simbólico, repleto de frases de efeito e sem qualquer efeito de ordem prática.



## Referências

- ADAMCZYK, Felipe Andrade. *Three Strikes And You're Out: análise e possibilidades da legislação californiana*. Trabalho de conclusão de curso, Bacharel em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- AGUIAR, Maria Lea Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial*. Niterói: EdUFF, 2007.
- AUSTIN, James; CLARK, John; HARDYMAN, Patricia; HENRY, Alan. *Three strikes and you're out: the implementation and impact of strike laws*. U.S. Department of Justice. Document 181297. March 6, 2000.
- BEALE, Sara Sun. *The Story of Ewing v. California: Three Strikes Laws and the Limits of the Eighth Amendment Proportionality Review*. Duke Law School, U.S. 2013.
- BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto crimínogeno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 295-338, jan. - fev., 2010.
- BITENCORUT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSON, Daniel Silva. Three strikes and you're out: an economic analysis of the penalties. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 116, p. 1-12, set./out. 2015.
- BOTTURA, Vitor Raatz. Atenuantes, redução da pena e a súmula 231 do STJ. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 312, p. 4-7, nov. 2018,
- CAMARGO, Maria Clara de Lima; GUERINI, Isa Maria Formaggio Marques; PAIM, Jane Maria. Breves Apontamentos sobre os Movimentos Políticos-Criminais e Penológicos do Estado Punitivo Norte-Americano. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, Londrina, ano 17, n. 2, p.121-131, Mar. 2016.
- CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. *Ciências Criminais: temas controvertidos na realidade prática brasileira*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 119-135.

Censo Penitenciário 2002. Disponível em: <[www.funap.sp.gov.br](http://www.funap.sp.gov.br)>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CHEN, Elsa Y. *Impacts of the three strikes and you're out on crime trends in California and throughout the United States*. Journal of Contemporary Criminal Justice, Tampa. Ano 24, n. 4, p. 345-370, Nov. 2008.

DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra. Punitivismo pós-moderno: hipertrofia penal e fetiche punitivo pela mídia e discurso de crise. *Boletim IBCCRIM*, ano 26, n. 311, p. 12-13, out. 2018.

EMERT, Phyllis Raybin. *Three strikes and you're out*. The legal eagle journal, New Jersey. Ano 7, n. 4, p. 4, primavera, 2003.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 9ª ed. Impetus: Niterói, 2016.

GRENNWOOD, Peter W. Et. al. *Three strikes and you're out: estimated benefits and costs of california's new mandatory-sentencing law*. Rand: Santa Monica, 1994.

JACOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del ememigo*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; HOMMERDING, Adalberto Narciso. A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 110, p. 299-328, set./out., 2014.

MALES, Mike. Striking Out: California's "Three Strikes And You're Out" Law Has Not Reduced Violent Crime. A 2011 Update. *Center on Juvenile and Criminal Justice*, San Francisco, abr. 2011.

MENDONZA BUENO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

OSNA, Gustavo. *Three Strikes And You're Out: encarceramento, seletividade e exclusão à luz da sistemática californiana*. Trabalho de conclusão de curso, Bacharel em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

ROCHA, Maria Vidal da; LOPES, Lidiane Moura. Controle social jurídico versus terrorismo e medo. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, ano 8, n. 15, p. 27-55, maio./ago. 2016.

ROSSETTI, Janora Rocha. Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio – uma análise da jurisprudência do TACRIMSP. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 639, dez. 1988.

SCHAFER, John R. *The deterrent effect of three strikes law*. FBI Law Enforcement Bulletin, U.S. April, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

SCHIRALDI, Vicent; LOTKE, Eric; COLBURN, Jason. *Three Strikes And You're Out: an examination of the impact of 3-strike laws. 10 years after their enactment*. Justice Police Institute, U.S. 2013.

SICA, Leonardo. FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. Aplicação da pena: confissão e reincidência. *Revista dos Tribunais*, v. 925, nov. 2012.

WEDY, Miguel Tedesco. Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 5, n. 1, p. 65-73, jan./jun. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZILIO, Jacson. O que resta da criminologia. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, ano 3, n. 1, p. 95-107, jan./jun. 2015.

## **VI - Tópicos atuais e polêmicos de direitos e deveres fundamentais**



## Judicialização da saúde e STF: o fornecimento de medicamentos sem registros na anvisa <sup>1</sup>

*Anderson Carlos Bosa* <sup>2</sup>

*Rosana Helena Maas* <sup>3</sup>

### Introdução

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à saúde como direito fundamental e universal, cabendo aos entes federados o dever de oportunizar a todos o acesso a serviços de qualidade. O

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal, onde os autores atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Estagiário no Ministério Público, acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Bolsista PUIIC. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculados e financiados pelo CNPq. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com

<sup>3</sup> Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg (2018) e doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät* (2016). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito, onde ministra matérias relacionadas ao Direito Civil, ao Direito Constitucional e a Teoria do Direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

direito à saúde na Carta Magna não se apresenta, somente, como um direito meramente curativo, mas também, em sua dimensão preventiva e promocional.

Alerta-se que aqui o tema não perpassa pela discussão da obrigatoriedade dos entes federados em fornecer medicamentos incorporados na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), mas na possibilidade do fornecimento de medicamentos e tratamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nesse íterim, a problemática a ser respondida corresponde: qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas demandas por medicamentos sem registro na ANVISA?

Para dar conta dessa tarefa, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, partindo-se da análise da judicialização da saúde, do procedimento da ANVISA quanto aos medicamentos não registrados, para, por fim, observar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

## **1. Judicialização da saúde: contexto da problemática**

O início da judicialização da saúde se deu através dos demandantes, portadores de HIV/AIDS (Síndrome Deficiência Imunológica Adquirida), que, diante da chegada de novos medicamentos anti-HIV/AIDS ao mercado, pela sua indispensabilidade e custo, ingressaram com ações judiciais. Após a obtenção de resultados positivos, tendo o Poder Judiciário se mostrado efetivo na questão da busca por melhorias no âmbito da saúde, as demandas aumentaram e alcançaram outros seguimentos da área (TORRES, 2008).

Atualmente, o problema da judicialização da saúde evidencia-se ao se analisar os números correlacionados à saúde. Nesse contexto, a 13ª edição do Relatório Justiça em Números publicada em 2017 indica no tema “direito administrativo e outras matérias de direito público” e no assunto “serviços/saúde”, que as demandas judiciais, envolvendo diversos assuntos voltados à saúde

correspondem a um total de 1.346.931<sup>4</sup> ações em todas as instâncias. Desse total, são 312.147 ações específicas visando ao fornecimento de medicamentos e 98.579 ações visando somente a tratamentos médico-hospitalares (CNJ, 2017, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Esse índice de ações, explica-se pela respectiva estrutura de oportunidade, conceito o qual inclui a relativa facilidade de acesso à justiça e a alta probabilidade de sucesso, superior a 80%. Tal número apresenta, de um lado, o fato de a Constituição Federal ter alcançado de forma plena a sua força normativa, efetivando os direitos fundamentais; e, por outro, que o Poder Judiciário intervém de forma objetiva, determinando à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos e tratamentos médicos em determinadas hipóteses, procurando realizar a promessa constitucional de prestação universal dos serviços de saúde (BRASIL, 2017, <<http://www.portal.tcu.gov.br>>).

Em estudo empírico referente ao acesso ao direito à saúde realizado no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2016, identificou-se que a judicialização no âmbito da saúde é, a cima de tudo, um instrumento utilizado por pessoas de baixa renda e pessoas idosas as quais necessitam de assistência judiciária (BIEHL, 2016). Logo, a Constituição Federal contempla o direito à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem hipossuficiência, em seu artigo 5º, LXXIV, atribuindo ao Estado a responsabilidade de prestar assistência jurídica, que consiste no oferecimento gratuito de orientação e defesa jurídica prestada pela Defensoria Pública, em todos os graus, a quem não possui condições financeiras, como também, a garantia de gratuidade das despesas que forem necessárias para que a pessoa necessitada possa defender seus

---

<sup>4</sup> O estudo contempla todas as demandas sobre a judicialização da saúde (de natureza cível, não criminal), considera os processos ajuizados até 31/12/2016 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. Pela sistemática do Relatório não é incomum o cadastro de mais de um assunto em relação ao mesmo processo. Neste caso, todos são contabilizados.



interesses em um processo judicial (BRASIL, 1988, <<http://www.stf.jus.br>>).

Pesquisas que avaliaram demandas judiciais propendendo acesso a medicamentos e tratamentos médicos, indicaram que no Estado de Minas Gerais, entre os anos de 1999 e 2009, 61,8% dos litigantes eram representados pela Defensoria Pública (CAMPOS, 2012); no Rio Grande do Sul, durante o período de 2002 e 2009, esse número significava 59% dos demandantes (BIEHL; AMON; SACON; PETRYNA, 2012); no Estado Rio de Janeiro, entre os anos de 1991 e 2001, 53,5% dos litigantes eram assistidos pela Defensoria Pública estadual (MESSEDER, 2005); os dados mais significativos são os obtidos nos estudos sobre demandas entre 2005 e 2010 no Distrito Federal, onde cerca de 95,6% dos casos são conduzidos pela Defensoria Pública (PENALVA, 2011).

Além de grande parte dessas ações serem promovidas por pessoas hipossuficientes, são ações as quais visam à efetivação de um direito individual, sendo raras as ações civis públicas. Entre os anos de 2013 e 2014 foi registrado pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>), um total de ações civis públicas, envolvendo o direito à saúde de 4% no Tribunal Regional Federal da 1ª Região; 2% no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; 2% no Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 3% no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e 3% no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Em nível estadual, durante o mesmo período, as ações civis públicas referentes ao direito à saúde representaram um total de 0,03% no Tribunal de Justiça do Distrito Federal; 2,4% no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; 4% no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; 5% no Tribunal de Justiça de São Paulo; 14,44% no Tribunal Justiça de Minas Gerais; 16,25% no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; e 22,9 % no Tribunal de Justiça do Mato Grosso. O único Tribunal que destoa desse quadro é o Tribunal de Justiça do Paraná, cuja maioria dos processos consiste em ações civis públicas,

totalizando um total de 54% das ações voltadas à saúde (BRASIL, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>).

Até o ano de 2017, em primeiro grau, as jurisdições que mais apresentam demandas envolvendo o direito à saúde propostas pela Defensoria Pública são: Tribunal de Justiça do Distrito Federal com 90,60% das ações; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com 70%; Tribunal de Justiça de São Paulo com 68,57%; e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com 67% (BRASIL, 2017, <<http://www.portal.tcu.gov.br>>). Consequentemente, todas as ações movidas pela Defensoria Pública são financiadas pelos mesmos entes que posteriormente são condenados ao pagamento e fornecimento dos medicamentos e tratamentos médicos pleiteados, gerando altos gastos ao Estado.

Outro fator que influencia nas demandas judiciais da saúde, é a inexistências de subsídios para compra de medicamentos, visto que cerca de 75% dos medicamentos adquiridos pela população dependem de sua própria renda, sem que tenham nenhum auxílio, fazendo com que metade deles não consiga completar seu tratamento médico. Além disso, a crise econômica enfrentada pelo país, o crescimento do desemprego e a queda da renda familiar contribuem para aumentar as barreiras de acesso a medicamentos e tratamentos, obrigando a população a recorrer ao Poder Judiciário (INTERFARMA, 2016, <<https://www.interfarma.org.br>>).

No período de 2010 a 2015, somente o Ministério da Saúde gastou mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente. Desse valor, mais de 54% (R\$ 1,49 bilhão), referiram-se a três medicamentos: Elapraxe, idursulfase; Naglazyme, galsulfase; e Soliris, eculizumabe. Enquanto 46% (R\$ 1,3 bilhão) disseram respeito às compras dos demais itens contabilizados pelo Ministério (BRASIL, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>). Posto que, na época, o medicamento Soliris não possuía registro junto a ANVISA, vindo a ser registrado apenas no ano de 2017 (ANVISA, 2018, <<https://consultas.anvisa.gov.br>>). Isso demonstra que o Poder Judiciário tem compelido o Estado ao fornecimento de

medicamentos sem registros, o que, em regra, o Estado não deveria ser obrigado a fornecer.

A partir desse cenário, Municípios, Estados, Distrito Federal e União gastam cerca de R\$ 7 bilhões ao ano para cumprir determinações judiciais. Entre 2010 e 2016, o aumento de ações foi de 1010%. Até outubro de 2017, somente a União destinou R\$ 751 milhões para o cumprimento de determinações judiciais na compra de medicamentos, equipamentos, dietas, suplementos alimentares, gastos com cirurgias, internações e depósitos judiciais (CNJ, 2017, <<http://www.cnj.jus.br>>).

No ano de 2016, os Estados que apresentaram os maiores índices de demandas voltadas à saúde, considerando os índices populacionais de cada Estado, em um recorde de ações a cada 100 mil habitantes, o Estado do Rio Grande do Sul, com uma população de 11.247.972 habitantes, liderou o ranking com 24,72 processos a cada 100 mil habitantes, seguido do Estado de São Paulo, que com uma população de 44.396.484 habitantes, apresentou uma média de 6,79 processos a cada 100 mil habitantes (INTERFARMA, 2016, <<https://www.interfarma.org.br>>).

Em 2017, o Estado do Rio Grande do Sul, como resultado dos índices de processos do ano anterior, teve um valor de R\$ 164.127.441,83 bloqueados de suas contas devido as demandas judiciais correlacionadas à saúde, no total foram investidos um montante de R\$ 426.097.756,96. Sendo que, os investimentos, dividem-se em subgrupos, analisando os principais, o Estado investiu na assistência médica básica R\$ 3.365.144.721,45; na assistência farmacêutica R\$ 189.679.566,22; na assistência suplementar R\$ 160.337.689,09; e na assistência complementar R\$ 144.671.473,32 (RIO GRANDE DO SUL, 2017, <<http://www.transparência.rs.gov.br>>).

Na saúde pública há destaque para fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares no âmbito do SUS, envolvendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que possuem competência solidária na prestação da saúde, o que o

próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, sendo inclusive, matéria de repercussão geral (BRASIL, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>). Em face disso, o orçamento do Ministério da Saúde de 2018 previu um gasto estimado de R\$ 130,85 bilhões na saúde, visto que até setembro de 2018, foram gastos 80,44 bilhões (BRASIL, 2018, <<http://www.portalttransparencia.gov.br/>>).

O número de ações envolvendo matéria de saúde sobrecarrega não apenas o próprio sistema de saúde, tanto o público (SUS), quanto o suplementar (planos de saúde), como também o Poder Judiciário, com a mobilização de juízes, promotores, defensores públicos, advogados e Tribunais.

Em estudo econômico realizado pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico-OCDE, constatou-se que, no ano de 2016, o Brasil gastou mais de 15% de seu PIB em benefícios sociais – na área da saúde são investidos, em média, um total de 4,4% do valor do PIB anual –, correspondendo a 35% do total dos gastos do setor público. Desse total, foram gastos cerca de 12% na área da saúde, gastos que envolvem a execução das políticas públicas, estruturação e, inclusive, as demandas judiciais envolvendo à saúde (OCDE, 2018, <<http://www.oecd.org>>).

No mesmo estudo realizado pela OCDE, o qual pretendeu analisar os indicadores de bem-estar<sup>5</sup> do Brasil, subdividindo-os em grupos, no que se refere à saúde, com um indicador de 0 a 10, o Brasil atingiu uma pontuação de 6.63. Ficando 0,93 pontos abaixo da média de todos os países integrantes do OCDE, a qual ficou em 7,56 pontos (OCDE, 2018, <<http://www.oecd.org>>).

Ao se falar na judicialização de medicamentos e tratamentos médicos sem registros na ANVISA ou não disponibilizados nas listas dos programas governamentais, percebe-se que o SUS não

---

<sup>5</sup> Cada dimensão de bem-estar é medida por um a quatro indicadores do conjunto de indicadores de Vida Melhor da OCDE. É feita uma média simples para cada indicador normalizado. Os indicadores são normalizados entre 10 (melhor) e 0 de acordo com a seguinte fórmula:  $(\text{valor do indicador} - \text{pior valor mínimo}) / (\text{melhor valor} - \text{pior valor}) \times 10$ . O gráfico individualizado pode ser encontrado em <<http://dx.doi.org/10.1787/888933655187>>.

incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos, dando preferência a tratamentos mais antigos. No período de 2012 a 2015, o governo barrou 53,3% dos 199 pedidos de incorporação de novos tratamentos que recebeu e dos 80 medicamentos incorporados, 45 foram terapias disponíveis no mercado há mais de 15 anos. Nesse período, os medicamentos mais novos, lançados há cerca de 5 anos, tiveram uma incorporação de apenas 13 produtos. Dessa forma, verifica-se que o sistema de saúde Estatal não tem acompanhado a evolução da medicina global (INTERFARMA, 2016, <<http://www.interfarma.org.br>>).

Frente a isso, em continuidade, verifica-se a regulamentação e os critérios para a aprovação de novos medicamentos na ANVISA, para, após, discutir o tema central desse trabalho.

## **2. Registro de medicamentos na anvisa: a regulamentação e os critérios para aprovação de novos medicamentos**

Ao falar em acesso à saúde e registros de medicamentos no Brasil, faz-se necessário analisar o atual sistema e seu histórico de regulamentação, sistema que deriva de vários problemas sanitários, oriundos do desenvolvimento de diversas doenças no âmbito evolutivo da sociedade brasileira. Com isso, criou-se a necessidade de o Estado intervir em tal assunto, criando legislações específicas para o controle sanitário do país.

Nesse caminho, diga-se que é durante o período dos séculos XVIII e XIX que surge no Brasil a noção de políticas sanitárias. A propagação de doenças contagiosas aumentava significativamente diante da falta de condições básicas da população, assim, a noção de políticas sanitárias se baseava no controle de algumas atividades de setores profissionais, fiscalizando embarcações, cemitérios, áreas de comércio e produção de alimentos (EDUARDO, 1998).

Mesmo tendo a história da saúde pública iniciado em 1808 com a vinda da Corte Portuguesa (BORROSO, 2008), apenas em 1904, por meio do Decreto Lei nº 5.156, que foi implantado o

Regulamento dos Serviços Sanitários da União, sendo previsto a implantação de um Código Sanitário que fora concretizado em 1923 por meio do Regulamento Sanitário Federal de Decreto nº 16.300/1923, que incorporou definitivamente a expressão Vigilância Sanitária (VISA) como o controle sanitário de pessoas doentes ou suspeitas de doenças transmissíveis. Era o órgão responsável pelo licenciamento e pela fiscalização de estabelecimentos comerciais e industriais, controle de logradouros públicos, defesa sanitária marítima e fluvial e controle do exercício profissional da área da saúde (BAICERE, 2009).

Antes do Decreto nº 16.300/1923 havia sido criado, com a Reforma Carlos Chagas, através do Decreto-Lei nº 3.987, de 1920, o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), que substituiu a Diretoria Geral de Saúde Pública, essa última criada em 1897. O DNSP estendeu a sua ação ao saneamento urbano e, formalmente ao rural, aos serviços de higiene infantil, industrial e profissional, a supervisão dos hospitais públicos federais e a fiscalização dos demais, a propaganda sanitária e ao combate às endemias e epidemias rurais (ROSENFELD, 2000).

Em seguida, como marco evolutivo da Vigilância Sanitária a Primeira e Segunda Guerra Mundial fazem com que o sistema passe por uma reestruturação, rearticulando-se e se modificando na forma de interpretar os eventos da época, isso pelas diversas descobertas no campo da bacteriologia e no âmbito terapêutico. É dessa forma, que após a Segunda Guerra Mundial, as atribuições e as ações da Vigilância Sanitária no Brasil cresceram (EDUARDO, 1998).

No período de 1930 a 1945, surgiram diversas modificações na sociedade brasileira, efetivou-se intensa produção normativa e legal, principalmente na área de medicamentos, soros e vacinas; nesse mesmo período, com a promulgação das Constituições de 1934 e 1937, as estruturas de saúde passaram por diversas reformas com criações e especializações de órgãos, juntamente com a ampliação de suas funções (ROSENFELD, 2000).

Destaca-se, no ano de 1941, a criação do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina (SNFM), criado através do Decreto nº 3.171/41. O Serviço de Saúde dos Portos e o Serviço Federal de Águas e Esgotos, que já existiam na época da criação do SNFM, mantêm-se como órgãos separados. O Instituto Oswaldo Cruz, que era responsável pelas pesquisas e fabricação de produtos farmacêuticos, também passou a realizar exames laboratoriais, inclusive os relacionados ao controle sanitário de produtos químico-farmacêuticos. Juntamente com o SNFM foram criadas a Comissão de Revisão da Farmacopeia e a Comissão de Biofarmácia (ROSENFELD, 2000).

Seguiu, ainda, no ano de 1945, um intenso movimento de entrada de capitais estrangeiros no país, inclusive da indústria químico-farmacêutica, sendo criado em 1946 o Decreto nº 20.397/46 para regulação da indústria farmacêutica, que estabeleceu normas para o controle de medicamentos (ROSENFELD, 2000). Em 25 de julho de 1953, foi criado o Ministério da Saúde através da Lei nº 1.920, dessa forma, o Ministério passou a encarregar-se, especificamente, das atividades até então de responsabilidade do Departamento Nacional de Saúde (DNS), órgão que já não supria mais as demandas da época relacionadas à saúde (BRASIL, 2017, <<http://portalsaude.saude.gov.br>>).

O Ministério da Saúde manteve, em sua estrutura, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e o Serviço de Saúde dos Portos. Em 1954, criou-se o Laboratório Central de Controle de Drogas e Medicamentos (LCCDM) com a finalidade de realizar análises e estabelecer padrões (ROSENFELD, 2000). Em 1961, o LCCDM incorporou a área de alimentos, passando a incumbir-se da análise prévia e dos registros de produtos alimentícios, transformando-se em um Laboratório Central de Controle de Drogas, Medicamentos e Alimentos (LCCDMA) (ROSENFELD, 2000).

Mais adiante, em 1970, com o Decreto Lei nº 66.623, nasceu a Secretaria de Saúde Pública, que abrigou a Divisão Nacional de

Fiscalização, essa ficou subordinada ao Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF), ao Serviço de Saúde dos Portos (SSP), ao Laboratório de Controle de Drogas, Medicamentos e Alimentos, a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (COFEN) e a Comissão Nacional de Hemoterapia (CNH). A Comissão Nacional de Normas e Padrões para Alimentos (CNNPA) e a Comissão Nacional de Alimentação (CNA) permaneceram na Divisão de Organização Sanitária (ROSENFELD, 2000).

Na década de 1970, já se fazia necessária uma alteração da legislação, então, a partir de 1973, criaram-se diversas normas com o intuito de reformar o sistema de regulamentação da área da saúde, sendo editada a Lei nº 5.991/73 que era responsável pelo controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos; a Lei nº 6.360/76 a qual regulamentava as atividades industriais a que se sujeitavam os medicamentos; e a Lei nº 6.368/76 voltada para o controle de substâncias tóxicas e entorpecentes (EDUARDO, 1998).

Após um longo processo de evolução político social, é durante as décadas de 1980 e 1990 que o sistema de regulamentação e de saúde começam a se estruturar de forma mais organizada. Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a concretização dos direitos fundamentais, ao estabelecer que a saúde é dever do Estado e um direito de todos, criou-se a Lei nº 8.080/1990 a qual instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), lei que incluía a Vigilância Sanitária em seu âmbito de atuação, assim como, o controle de produtos relacionados à saúde (LUCCHESI, 2012).

É nesse contexto, que a década de 1990 fica marcada por diversos acontecimentos na área da saúde, sendo que em 1994 surgiram inúmeras denúncias de improbidades administrativas, troca de dirigentes no ramo da saúde e grande pressão para concessão indevida de registros de produtos ligados à saúde, com isso, mesmo com todas as mudanças legislativas e organizacionais



do Estado, o sistema de regulamentação ainda se apresentava como um sistema frágil (PIOSEVAN, 2009).

Tal sistema, ocasionou tragédias que marcaram a história da saúde brasileira, em 1996, com as 68 mortes na Clínica de Hemodiálise em Caruaru – PE, as 102 mortes na Clínica Santa Genoveva no Rio de Janeiro – RJ; e em 1997, com a morte de 28 pessoas no interior de São Paulo devido, todas devido à contaminação do produto utilizado no tratamento com Nutrição Parenteral Prolongada. Foi a partir dessas tragédias, juntamente com as pressões do setor produtivo por maior agilidade da Secretaria de Vigilância Sanitária (SVS) e pela transformação da mesma em agência, pois, a estrutura e os processos de trabalho da SVS não atendiam mais aos objetivos do mercado, é aberta a oportunidade política de propor a criação de uma autarquia com autonomia decisória, financeira e de execução (PIOSEVAN, 2009).

Então, após diversas denúncias de falsificação de medicamentos, dentre outras irregularidades durante o ano de 1998, foi criada em 1999 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Lei nº 9.782/99, que substituiu a Secretaria Nacional da Saúde, apresentando-se com a função de exercer a proteção da saúde por meio da regulamentação da comercialização de produtos e serviços submetidos ao controle sanitário (PIOVESAN, 2002).

Desde então, a ANVISA tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo dos produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, processos, insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. Trata-se de uma Autarquia com autonomia administrativa e financeira (ANVISA, 2017, <<https://portal.anvisa.gov.br>>).

A ANVISA também monitora os preços dos medicamentos que estão no mercado e auxilia tecnicamente no estabelecimento do preço de novos medicamentos. Uma de suas atribuições é exercer a

função de Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial responsável por regular o mercado e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços. De acordo com o *caput* do art. 7º da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, regulamentado pela Resolução CMED nº 2, de 5 de março de 2004, “os produtos novos e as novas apresentações de medicamentos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora deverão observar, para fins da definição de preços iniciais, os critérios estabelecidos pela CMED” (BRASIL, 2003, <<http://www.planalto.gov.br>>).

O processo de análise para registro de um novo medicamento inicia-se com a solicitação do registro junto à ANVISA. Assim, por meio de estudos clínicos são analisados os dados de qualidade, eficácia e segurança do produto, todavia, para que os estudos clínicos sejam realizados, é necessária a aprovação em instâncias éticas e técnicas. Com o medicamento aprovado nas etapas citadas, começa-se o monitoramento pós-comercialização (ANVISA, 2018, <<http://portal.anvisa.gov.br>>).

A Autarquia também se apresenta com papel de protagonismo na judicialização da saúde. Uma vez que o Estado, em regra, não pode ser obrigado a fornecer medicamentos sem registro na ANVISA e só após o registro os medicamentos podem vir a serem incorporados na lista do SUS (BRASIL, 2011, <<https://www.stf.jus.br>>). O problema existe, pois, na maioria das vezes, os medicamentos demoram um longo período até sua regulamentação, sendo requeridos antes através do Poder Judiciário.

A Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, determinava que “o registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância dessa lei ou de seus regulamentos” (Art.12, §3º). Por sua vez, o Decreto nº 8.077/2013, que regulamenta o registro de medicamentos, reproduziu o mesmo prazo, ou seja, 90

dias (Art.7º, §1º), no entanto, os prazos estipulados em lei nunca foram respeitados pela Autarquia.

O tempo médio de registro de um medicamento inovador, medicamento de referência, com qualidade, eficácia e segurança garantida, é de 1224 dias; os genéricos e similares, que possuem a mesma fórmula dos medicamentos de marcas patenteadas, é de 1286 dias; medicamentos novos, ou seja, medicamentos únicos, que não possuem qualquer similar ou cópia, tem uma média para aprovação de 734 dias; e os insumos farmacêuticos ativos, consistentes nos princípios ativos usados para fabricação de medicamentos, possuem uma média de 557 dias para o deferimento ou indeferimento de seu registro (ANVISA, 2017, <<http://portal.anvisa.gov.br>>).

Com o intuito de agilizar e uniformizar o tempo transcorrido para aprovação ou reprovação de registro de novos medicamentos, foi aprovado a Lei nº 13.411, de 28 de dezembro de 2016, que alterou a Lei nº 6.360/76, assim como deu novas providências a Lei nº 9.782/1999 (a qual constitui a ANVISA) e classificou as petições de registros e pós-registros em prioritárias e ordinárias, estabelecendo prazo de 365 dias para apreciação de medicamentos (BRASIL, 2016, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Antes da aprovação da Lei nº 13.411/2016 e no decorrer de seus primeiros meses de vigência, existia na fila de registros da ANVISA 722 petições de medicamentos genéricos e similares, com entradas entre 2008 e 2017; 101 petições para insumos farmacêuticos, com entradas entre 2014 e 2017; 87 petições para medicamentos inovadores, com entradas entre 2011 e 2017; e 5 petições para medicamentos novos, todas com entradas em 2017. (ANVISA, 2018, <<http://www.anvisa.gov.br>>)

Atualmente, existem 83 petições de medicamentos genéricos e similares, com entradas entre 2014 e 2019; 35 petições para medicamentos inovadores, com entradas entre 2016 e 2018; 11 petições para medicamentos novos, todas com entradas em 2018; e 5 petições para insumos farmacêuticos, com entradas entre 2018 e

2019 (ANVISA, 2019, < <http://www.anvisa.gov.br>>). Sendo assim, independente da evolução que tenha sofrido a legislação sanitária desde o ano de 1904, nota-se uma intrínseca dificuldade de se alcançar um sistema eficiente, o qual seja capaz de trazer os resultados esperados em um lapso de tempo razoável.

### **3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos medicamentos sem registros na anvisa**

Em análise, pretende-se abarcar o Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 657.718/MG, o qual apresenta requisitos para fornecimento de medicamentos sem registros na ANVISA, evidenciando a temática aqui estudada. Ao analisar o mencionado Recurso Extraordinário, observa-se que o mesmo discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamentos não registrados na ANVISA, à luz do direito fundamental à saúde, em casos de mora da Autarquia em apreciá-los. Nota-se que o Supremo precisou estabelecer critérios para uniformização das decisões referentes ao tema no país (BRASIL, 2011, <<https://www.stf.jus.br>>).

Esse Recurso Extraordinário, que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal, baseia-se no Recurso Extraordinário de Repercussão Geral 566.741/RN, no qual ficou entendido que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais de alto custo, sem eficácia e segurança comprovada, em nenhuma hipótese, quando decidiu indeferir impugnação do Estado do Rio Grande do Norte sobre decisão em instância inferior que obrigou o Estado ao fornecimento do medicamento Sildenafil 50 mg, medicamento de alto custo e ausente de previsão no Programa de Dispensação de Medicamentos (BRASIL, 2007, <<https://www.stf.jus.br>>).

Já referente aos medicamentos com eficácia e segurança comprovada, porém sem registro na ANVISA, decidiu-se através do Recurso Extraordinário 657.718/MG que o Estado será obrigado a

fornecê-los apenas, quando existir irrazoável mora da ANVISA em apreciar o pedido de registro, entendido como tempo superior a 365 dias, o que é previsto na Lei nº 13.411/2016, e preenchidos os seguintes requisitos: (I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (III) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil (BRASIL, 2011, <<https://www.stf.jus.br>>). Com isso, firmou-se a presente tese:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (BRASIL, 2011, <<https://www.stf.jus.br>>).

Verifica-se que o entendimento aplicado pelo STF segue àquele já consagrado na decisão da saúde - Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e Suspensão de Liminar 47 -, ao dispor que o fornecimento de tais medicamentos se dá apenas em casos excepcionalíssimos, necessitando da comprovação de sua eficiência, segurança e qualidade, através de seu registro junto a renomadas agências reguladoras e quando da inexistência de substituto terapêutico no Brasil.

Nesse sentido, observa-se que a expressão literal do artigo 196 da Constituição Federal, no qual foi previsto o instrumento das

políticas públicas como meio para assegurar o acesso universal e igualitário ao direito à saúde, tem sido utilizado, quando da alegação dos entes federados para a negativa no fornecimento de medicamentos sem registros. Justificam, que independente dos problemas orçamentários dos entes federados, os mesmos não podem ser responsabilizados pelo fornecimento de medicamentos ou tratamentos não disponibilizados no âmbito da saúde pública, sobretudo quando a prestação de saúde requerida é de alto custo e sem registro na ANVISA, sendo duvidosa sua eficácia (BRASIL, 2011, <<https://www.stf.jus.br>>).

No entanto, os Tribunais brasileiros, com base no Recurso Extraordinário 657.718/MG, têm decidido que o fato de alguns medicamentos pleiteados judicialmente não terem, ainda, registro na ANVISA, não deve ser argumento impeditivo ao seu fornecimento. É o que se observa, na forma de exemplo, nos julgamentos das Apelações Cíveis nº 70020629093/RS<sup>6</sup> e nº 70062768569/RS<sup>7</sup>, que deferiram a obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo e sem registro na ANVISA,

---

<sup>6</sup> Ementa: ECA. MEDICAMENTO. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à saúde não representa ofensa aos princípios da separação dos poderes, do devido processo legal, da legalidade ou da reserva do possível. O medicamento necessário deve ser adquirido, ainda que seu custo seja elevado, que ele não esteja na lista de medicamentos especiais e/ou excepcionais a serem fornecidos pelos entes estatais, e que não esteja registrado junto à Anvisa. A determinação de bloqueio de verbas públicas para garantia do atendimento ao direito fundamental à saúde é cabível. Precedentes jurisprudenciais. NEGADO SEGUIMENTO. EM MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70020629093, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/07/2017).

<sup>7</sup> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. FÁRMACO SEM REGISTRO NA ANVISA. POSSIBILIDADE. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 214 da Carta Magna determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. O médico que acompanha a paciente, o qual conhece as peculiaridades do caso concreto, deve indicar quais fármacos se afiguram mais eficazes para o tratamento da moléstia. Sendo assim, o fato do fármaco não possuir registro na ANVISA não afasta a responsabilidade do Estado em fornecê-lo, diante do direito constitucional à saúde. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70062768569, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 17/12/2014).

obedecendo o caráter excepcional dos casos apreciados e preenchidos os requisitos anteriormente mencionados (RIO GRANDE DO SUL, 2019, <<https://www.tjrs.jus.br>>).

Importante é mencionar que o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA ou experimental exige extrema cautela, sendo autorizado somente em casos excepcionais em que demonstrado robustamente a sua necessidade e o preenchimento de todos os requisitos aqui citados. Uma vez preenchido tais critérios, descabe ao Poder Judiciário fazer a análise da eficácia ou não de medicamentos sem registros, pois, ao se tratar de demandas as quais visam ao fornecimento de medicamentos inacessíveis e imprescindíveis à preservação da vida e da saúde dos demandantes, faz-se suficiente a demonstração da existência de moléstias, com a prescrição do tratamento apropriado pelo profissional devidamente habilitado e preparado.

Indubitavelmente, as exigências e complexidades que envolvem o fornecimento de medicamentos sem registro, requerem um Poder Judiciário ativo, em que os conflitos entre a omissão do Estado e seu dever da prestação da vida e da saúde são trazidos a exame. Por outro lado, a reflexão sobre os limites do Poder Judiciário e do próprio dever estatal também devem ser ponderados.

#### **4. Conclusão**

A problemática da judicialização da saúde, que é a procura cada vez mais do Poder Judiciário na busca da concretização do direito fundamental à saúde, não só ocorre por medicamentos e tratamentos cientificados pelo Brasil, mas também, quando esses não tiveram a comprovação de sua segurança e eficácia pela ANVISA. Frente a isso, pretendeu-se responder: qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas demandas por medicamentos sem registro na ANVISA? Averiguou-se, dessa forma, que os entes federados são solidários no fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, não sendo a falta de registro

na ANVISA empecilho ao seu fornecimento, desde que exista irrazoável mora da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III) e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Nesse sentido, conclui-se que o registro de medicamentos e tratamentos médicos na ANVISA não se tornam barreira impeditiva para concretização de tal direito, desde que sejam preenchidos os três requisitos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 657.718/MG, sendo esse também o entendimento dos Tribunais pátrios.

## Referências

- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- ANVISA. **Consultas**. 2019. Disponível em: <<https://consultas.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2019.
- ANVISA. **Lista de Petições**. 2017. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 9 fev. 2019.
- ANVISA. **Procedimentos**. 2018. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2018.
- BAICERE, Márcia Regina de Magalhães. **Formação e prática segundo os egressos do Curso Técnico em Vigilância Sanitária e Saúde Ambiental da Baixada Cuiabana**. 2009. Disponível em: <<http://200.129.241.70/isc/sistema/arquivos/19091103523152.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2018.
- BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova**, n. 98, p. 77-105, 2016. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452016000200077&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452016000200077&script=sci_abstract)>. Acesso em: 01 fev. 2019.



BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights: An International Journal**, v. 14, n. 1, 2012. Disponível em: < <https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/125/2013/06/Biehl-FINAL2.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2019.

BRASIL. **Lei 10.742, de 6 de outubro de 2003**. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.411 de 28 de dezembro de 2016**. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 e dá outras providências a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Portal da transparência**. 2018. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 761**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 7 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercurssão Geral no Recurso Extraordinário 566471**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 657.718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787**. Relator: Bruno Dantas. Brasília, DF, 16 ago. 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CAMPOS, Henrique Neto. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais. **Revista de saúde pública**, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102012000500004&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102012000500004&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 05 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

EDUARDO, Maria Bernardete de Paula. **Vigilância Sanitária**. São Paulo: Fundação Peirópolis Editora, 1998.

INTERFARMA. **Judicialização da saúde na prática: fatos e dados da realidade brasileira**. 2016. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

LUCCHESI, Geraldo. **A Vigilância Sanitária no Sistema Único de saúde**. 2012. Disponível em: <<https://institutenus.com.br/wp-content/uploads/2012/05/A-visa-no-SUS.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

MESSEDER, Ana Márcia; CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osorio de; LUIZA, Vera Lucia. **Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102-311X2005000200019&lng=pt&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-311X2005000200019&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 28 fev. 2018.

OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PENALVA, Janaína. **Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

PIOVESAN, Márcia Franke. **A Construção Política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Rio de Janeiro: Fiocruz Editora, 2002.

PIOVESAN, Márcia Franke. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador – Bahia, n. 18, abr. mai. jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Portal da transparência**. 2018. Disponível em: <<http://www.transparencia.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ROSENFELD, Suely. **Fundamentos da Vigilância Sanitária**. Rio de Janeiro: Fio Cruz Editora, 2000.

## Teoria dos deveres fundamentais na perspectiva constitucional brasileira

*Marco Antônio Preis*<sup>1\*</sup>

*José Francisco Dias da Costa Lyra*<sup>2\*\*</sup>

### Introdução

A existência de referências cada vez mais vagas a direitos fundamentais por traduzirem todos os desejos humanos à gramática dos direitos, sem levar em conta seus custos e suas condições materiais de realização, conduziram à questão: em que ponto do desenvolvimento do constitucionalismo se perdeu de vista a noção da exigência do cumprimento dos deveres fundamentais pelas pessoas em sociedade?

A partir da descrição do processo de consolidação dos direitos fundamentais que – *grosso modo* – acompanha os modelos de Estado de Direito (liberal, social e democrático), com a passagem da condição do ser humano da posição de súdito à de sujeito de direitos, constata-se que a gradativa predominância dos direitos sobre os deveres – com o tempo – acentua-se e se converte em hipertrofia dos direitos, inflação legislativa que os expõem ao risco da banalização e, noutro vértice, atrofia dos deveres.

É diante dos desafios do constitucionalismo contemporâneo que se insere a proposta de resgate dos deveres fundamentais, a fim

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela URI-Santo Ângelo, Juiz de Direito do TJRS. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7145346721817277>>. Contato: m\_preis@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS (2011), Juiz de Direito do TJRS. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>>. Contato jfdclyra@tjrs.jus.br

de edificar um arcabouço dogmático capaz de dialogar com a teoria e a prática dos direitos fundamentais.

O trabalho – portanto – dedica-se a contribuir para esse processo de desenvolvimento teórico na perspectiva constitucional brasileira; para esse intento, apresenta-se a temática dos deveres fundamentais e sua inserção no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Isso abre novas condições de possibilidade para o tratamento jurídico dos principais desafios da atualidade, sobretudo frente às debilidades e insuficiências da política dos direitos, estabelecendo articulações entre direitos e deveres para se pensar um estatuto da pessoa.

Em seguida, são realizados estudos técnico-jurídicos voltados à construção de uma teoria dos deveres fundamentais, suas bases de legitimidade e demais aspectos da sistematização de uma dogmática própria, relacionada – mas não dependente da teoria dos direitos fundamentais – a fim de traçar uma teoria (geral) dos deveres fundamentais constitucionalmente adequada à matriz constitucional brasileira.

Por fim, realiza-se um esboço de aplicação dessa teoria aos deveres fundamentais (em espécie) previstos na Constituição brasileira de 1988, explícitos e implícitos, não como um catálogo exaustivo nem com cognição exauriente, mas como um panorama de possibilidades, sob um viés propositivo e inédito, dentre os deveres fundamentais mais representativos.

## **1 Apresentação dos deveres fundamentais e sua inserção no constitucionalismo contemporâneo**

Sob a premissa teórica de que os deveres fundamentais se encontram positivados nos principais diplomas internacionais e constitucionais, são apresentados os textos jurídicos mais representativos a comprovar tal afirmação. Para tanto, começa-se pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), no sistema global, e a Constituição brasileira (BRASIL, 1988), diplomas

que comemoram – respectivamente – setenta e trinta anos de vigência e que são objeto das reflexões teóricas deste XV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais.

O texto internacional prevê o dever de todos os seres humanos, dotados de razão e consciência, para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; na sequência, adverte sobre a ilicitude do abuso de direitos e liberdades fundamentais (art. 29). Sob sua influência, o texto constitucional brasileiro inaugura a seção jusfundamental com o capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos e – em seu corpo – institui o alistamento e voto obrigatórios (art. 14), o serviço militar compulsório (art. 143), a segurança pública como responsabilidade de todos (art. 144), o dever geral de pagar impostos (art. 145), a educação como dever familiar (art. 205), educação básica compulsória (art. 208, I), o meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever de defesa e preservação por parte de todos (art. 225), dever geral de proteção das crianças, adolescentes e jovens (art. 227), deveres recíprocos de amparo entre pais e filhos (art. 229), dever geral de amparo às pessoas idosas (art. 230) entre outros.

Mas a compreensão da importância do tema exige que situemos os deveres fundamentais no contexto de desenvolvimento do constitucionalismo. A construção histórica do Estado de Direito repousou sobre a reivindicação de direitos; a noção de Estado moderno se construiu sobre a reivindicação de direitos subjetivos, desde o modelo liberal, passando pelo aparelhamento de bem-estar social até chegar aos sistemas democráticos contemporâneos. No entanto, muito embora não tenha sido a ênfase dos discursos, os deveres sempre estiveram presentes nesse processo. Desde as origens da metáfora do contrato social, além dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos frente ao Estado, a coletividade exige das pessoas também deveres para com o todo.

A princípio, são expressões que se referem uma à outra, com uma imagem de oposição, a qual se busca desconstruir e revelar o

quão complementares e próximas são essas noções. No entanto, apesar dessa antiga e íntima relação, a narrativa do processo histórico de consolidação dos direitos deixou à margem a importância jurídica dos deveres na construção de sociedades justas e igualitárias. Isso se deu – sobretudo – no período histórico posterior ao da Segunda Guerra Mundial, de superação a regimes totalitários; portanto, de uma compreensível primazia dos direitos sobre os deveres, o que, com o tempo, se acentuou e se converteu em hipertrofia dos direitos, em inflação legislativa que os expõem ao risco da banalização.

Não que os deveres deixassem de existir ou não fossem aplicados, pois a previsão deles nos textos normativos de todo o mundo e suas incidências cotidianas revelam quão presentes os deveres estão nas vidas das pessoas, muito embora não seja percebida porque o léxico jurídico do constitucionalismo contemporâneo não consegue trabalhar com outras categorias senão a de direitos. Compreender quais são, como incidem e quais os limites à aplicação dos deveres fundamentais torna-se imprescindível para o convívio em sociedade e controle eficiente do poder.

Sem a pretensão de traçar uma narrativa linear da história do Estado moderno, mas seguindo as balizas consolidadas dos modelos liberal, social e democrático, tem-se que o fio condutor sempre foi o limitador de poder por parte dos cidadãos e da sociedade civil em relação ao Estado. Porém, se o intuito é a imposição de limites ao poder político, olvidou-se da sua dimensão oposta, a partir do instrumento que lhe é mais característico: a imposição de deveres. Para parametrizar a atuação legítima do poder dentro das balizas do Direito, ao revés, se afigura mais adequado estudar os conteúdos e alcances dos deveres impostos a todos – de dentro para fora – do que cercar o poder com direitos subjetivos, de fora para dentro.

A crise dessas promessas públicas de bem-estar social, sobretudo por razões econômicas, conduziu ao exaurimento da relação entre homem e Estado, que não pode intervir em todos os

aspectos da vida, mas também não é capaz de fornecer tudo o que do Estado se exige. É o momento em que as pessoas não mais se limitam à relação vertical e passam a estabelecer relações horizontais, da sociedade civil, para a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, insere-se a perspectiva em que os direitos fundamentais adquirem força normativa, surge a nova categoria dos direitos de solidariedade e – portanto – exige a construção de uma pessoa humana que tem sua dignidade como centro gravitacional do ordenamento jurídico e diretriz para a edificação de seu estatuto jurídico, composto tanto por direitos como por deveres fundamentais.

São os novos direitos humanos e fundamentais, que somente podem ser realizados pela cooperação social de todas as pessoas em sociedade, em que os direitos se complementam e a solidariedade funciona como uma amálgama entre pessoas livres e iguais voltada ao bem comum, tendo – em seu núcleo – direitos e deveres voltados à cooperação social de todas as pessoas de uma sociedade que se pretenda bem-ordenada em prol do bem coletivo. Nessa dimensão, defende Medeiros (2004, p. 73), a figura do homem-indivíduo perde o protagonismo e exige esforços e responsabilidades de todos, abrindo caminho para um grau mais elevado de juridicidade, concretude, positividade e eficácia social, pois não nasce de uma relação contratual prévia nem de um *status* como o de ser cidadão de determinado Estado, mas da valorização da pessoa humana em si.

Os direitos não mais podem ser pensados na relação entre indivíduo e Estado, mas incluem uma dimensão de *deverosidade*, como os direitos-deveres de proteção da natureza e do patrimônio cultural, direitos circulares, com uma horizontalidade característica e uma forte dimensão objetiva na proteção de bens comunitários, de interesse de todos e, ainda, das gerações futuras. Assim, o paradigma do Estado prestador seria substituído pelo do Estado regulador, garantidor e incentivador, que promove a cooperação dos privados na realização de tarefas de interesse público.



Esse traçado histórico revela um sistema em permanente transformação, em que não há uma sucessão de camadas de gerações de direitos, a sugerir certa prevalência ou hierarquia entre tais conjuntos de direitos, mas, uma vez consagrados nos textos jurídicos, direitos e deveres se sujeitam ao esforço uniformizador e sistematizador da hermenêutica constitucional.

Apesar dessa simplificação ilustrativa na divisão em três grandes momentos, nenhuma ordem jurídica vivenciou historicamente uma sucessão clara destes paradigmas, mas momentos políticos de preponderâncias, avanços e retrocessos, bem como a coexistência conflituosa entre as características próprias de cada um dos modelos apresentados. Muito embora se viva um tempo de incertezas, a literatura constitucionalista contemporânea converge na constatação de que o constitucionalismo mudou a ponto de, hoje, poder falar-se em vários *neoconstitucionalismos* (CARBONELL, 2003) – rótulo sob o qual se incluem análises de diversos fenômenos que impactam o paradigma do Estado ao longo do tempo e o desenvolvimento da respectiva Teoria do Direito explicativa dessas mudanças.

Em paralelo à trajetória histórica dos direitos fundamentais, com sua narrativa clássica, portanto, descortina-se uma história pouco contada, a dos deveres fundamentais que – em um primeiro momento – derivaram da relação comum de *súditos* de um mesmo governo ou soberano; depois, com a submissão dos governantes e com o surgimento do Estado, pode-se falar em deveres dos poderes públicos. Nesse ponto, Andrade (2017, p. 51-53) identifica – no momento histórico da formação do Estado de Direito liberal – a configuração de hipertrofia dos direitos e atrofia dos deveres, pela conjuntura de afirmação de valores individuais contra o arbítrio e a opressão estatal, contexto em que o Estado era visto como *inimigo* do cidadão. Depois, a ideia de responsabilidade comunitária, retomada com o surgimento do Estado social, consagrou a autorresponsabilidade na atuação social e a atribuição de deveres jurídicos de respeitar valores constitucionais, especialmente aqueles

que refletem nos direitos fundamentais e na dignidade das demais pessoas que integram a coletividade política.

Por isso o resgate da categoria dos deveres fundamentais busca (r)estabelecer – hoje – o equilíbrio nas relações sociais, o que só é possível com o balizamento de responsabilidades e limites ao exercício dos direitos, como medida de justiça e correção de possíveis desigualdades no acesso e no exercício aos direitos. As constituições contemporâneas consagram, no seu núcleo essencial – ao lado dos direitos e garantias fundamentais – os princípios estruturantes, os valores superiores da sociedade, que merecem uma proteção e uma normatividade reforçada, pois servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento, em uma ordem preferencial de valores que converge para o atingimento das funções de toda a constituição, como limitação e controle jurídico do poder; ordem e ordenação; organização e estruturação do poder; legitimação da ordem constitucional; estabilidade; identidade política; reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais; e imposição de programas, tarefas e finalidades estatais (NABAIS, 2015, p. 127).

É nesse sentido que se propõe agora pensar a liberdade com responsabilidade e a igualdade na distribuição dos encargos, imprescindíveis para a existência e funcionamento de toda a sociedade organizada. Uma relação de equilíbrio entre direitos e deveres como normas jusfundamentais, sem exclusivismos, projetada sobre os deveres voltados ao bem comum, sem afetação do núcleo essencial dos direitos envolvidos, e mediada pela dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo como limite e tarefa.

Com essas premissas, redimensiona-se a relação entre liberdade e autoridade, entre direitos e deveres fundamentais – pois o Estado de Direito é, antes de tudo, poder, autoridade; sem isso, não se pode garantir direito algum.

Esse repensar da posição dos deveres fundamentais na comunidade política vincula e a harmoniza o exercício dos deveres

e dos direitos, reestruturando o sistema e a teoria dos direitos e deveres fundamentais.

## **2 Teoria dos deveres fundamentais**

O estudo dos deveres fundamentais exige a concentração de esforços voltados à sistematização de suas especificidades, e não como uma teoria construída sob a lógica do espelho, como contraface à teoria dos direitos fundamentais. Como visto, o desenvolvimento dos deveres não acompanhou o processo histórico de construção dos direitos em paralelo, em perfeita simetria. Por isso, para se compreender e colocar balizas jurídicas sobre suas incidências, é preciso – antes – conhecer os deveres em suas particularidades, seus elementos definidores e estruturais, bem como sua relação com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que Nabais (2015, p. 35-37) proclama que os deveres fundamentais devem ser perspectivados como uma categoria ou figura jurídica própria, o que não significa – necessariamente – equidistância em face dos direitos e dos poderes públicos, pois vige no Estado de Direito o primado da pessoa humana (liberdade), constituindo importante vetor do estatuto da pessoa, expressão de valores e interesses comunitários, diferentes ou contrapostos aos valores e interesses individuais.

Primeiramente, é preciso saber do que se está a tratar.

Sem a pretensão de apresentar conceitos definitivos, a partir do desenvolvimento teórico dos deveres fundamentais como instituto jurídico-constitucional, Nabais (2015, p. 64 et seq.) condensa as características para a construção de um conceito tipológico dos deveres fundamentais que – como corretivo da liberdade – se traduz na mobilização do homem e do cidadão no campo jurídico para a realização dos objetivos do bem comum.

Para o espanhol Peces-Barba Martínez (1987, p. 329-341), são aqueles deveres jurídicos que se referem às dimensões básicas da

vida do homem em sociedade, aos bens de primordial importância à satisfação das necessidades ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas ou ao exercício dos direitos fundamentais – a este conceito, Bandieri (2011, p. 211-244) acrescenta todos aqueles deveres humanos fundamentais previstos em convenções internacionais, de âmbito global e regional, bem como nas constituições democráticas, excluindo os deveres de fonte legal e jurisprudencial.

No mundo hispânico, outras importantes vozes se levantam para tentar definir os deveres fundamentais, a exemplo de Garzón Valdés (1986, p. 17-33), que considera como deveres fundamentais aquilo que cada pessoa tem ante o Estado e a sociedade de contribuir para a formação de uma base material que satisfaça as necessidades básicas das instituições públicas e efetive os bens de primordial importância para que haja o correto exercício dos direitos fundamentais de todas as pessoas, desde que esses encargos não ultrapassem a condição do que denominou de *sacrifício trivial*. Podemos suprimir a referência a estes dois autores, sem prejuízos

O italiano Lanchester (2010, p. 67-81) entende por deveres fundamentais os comportamentos que o ordenamento considera – jurídica e politicamente – apreciáveis, que se dirigem a sujeitos privados, materializados em obrigações concretas, com a previsão de algum tipo de sanção por descumprimento para ser considerado um dever jurídico. Outros autores italianos se utilizaram da expressão deveres constitucionais (LOMBARDI, 1967, p. 45 et seq.) ou deveres públicos individuais na constituição (CARBONE, 1968, p. 18 et seq.). Por seu lado, Bobbio e Viroli (2007, p. 41 et seq.) e Violante (2014, p. 62 et seq.) tratam mais das implicações e articulações do tema dos deveres com temas políticos mais abrangentes, como a democracia e a cidadania, mas todos se referem, em maior ou menor medida, ao comando geral de observância aos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social, previsto no art. 2º da Constituição italiana (ITÁLIA, 1947).

Dentre os autores alemães destacam-se Luchterhandt (1988, p. 579 et seq.) e Hofmann (1992, p. 323 et seq.), dedicados a construir um conceito material dos deveres fundamentais, composto por elementos objetivos (irrenunciabilidade; elevado significado para a comunidade; expressão no texto constitucional e grau de normatividade constitucional) e elementos subjetivos (elevada pessoalização ou infungibilidade no seu cumprimento, gratuidade, peso e continuidade de sua oneração e probabilidade de sua efetiva imposição). No Brasil, Sarlet (2018, p. 234 et seq.) e outros autores, como Medeiros (2004, p. 93 et seq.), Molinaro (2015, p. 989-1025) e Siqueira (2010, p. 214-225), trabalham com conceitos que – direta ou indiretamente – são oriundos das formulações de Nabais (2015).

Para este trabalho, como síntese, adota-se o conceito de deveres fundamentais como o instituto jurídico-constitucional com relativa autonomia em relação aos direitos, que exige juridicamente de todas as pessoas (físicas, jurídicas e coletivos despersonalizados) determinados comportamentos (fazer, não fazer, dar), umas perante as outras e todas perante a comunidade politicamente organizada a que fazem parte (Estado, inclusive), indistintamente, independentemente de capacidade (civil, penal, administrativa) e passíveis de sanção jurídica em virtude do seu descumprimento injustificado, voltadas a proporcionar as bases materiais para existência e funcionamento da sociedade e para a concretização dos direitos fundamentais de todos, decorrentes de uma ordem jurídica democrática, com posição de primazia normativa e controle de revisão (fundamentalidade formal), cujos conteúdos integram o estatuto da pessoa, formado por direitos e deveres fundamentais e orientado pela dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material).

Trata-se – pois – de deveres fundamentais (*Grundpflichten*), que não podem ser confundidos com os deveres de proteção (*Schutzpflichten*), dirigidos ao Estado para a tutela dos direitos fundamentais. Essa é a primeira grande distinção a ser feita: os

deveres fundamentais integram a constituição da pessoa, ao passo que os deveres de proteção se inserem na constituição do Estado.

Delimitados os elementos tipológicos, é possível excluir determinadas figuras próximas, mas que não se confundem, como o que se denomina deveres constitucionais organizatórios, orgânicos ou funcionais (SCHMITT, 1986), competências obrigatórias ou vinculadas dos órgãos do Estado e que integram sua organização política, sem necessária correspondência com o conteúdo material jusfundamental que integra o estatuto do poder político, como os deveres decorrentes da legalidade estrita administrativa.

Os deveres gerais de ser justo e de obedecer à constituição, às leis e às autoridades também não se configuram como verdadeiros deveres fundamentais. Os primeiros porque não passam de apelos constitucionais a uma virtude cívica, à disponibilidade voluntária das pessoas em adotar condutas exigíveis por razões de ordem metajurídica ou moral; os segundos, porque a constituição não indica uma direção material do comportamento devido, mas se limita a ter em conta as condições de validade do exercício dos poderes públicos, em termos correspondentes às situações de sujeição (*status subjectionis*): tais disposições constitucionais não visam a investir as pessoas em posições subjetivas, mas a estabelecer as condições de validade e de exercício das competências estatais (NABAIS, 2015, p. 74 et seq.).

Outra figura diversa dos deveres são os ônus; enquanto os deveres consistem em uma necessidade jurídica de adoção de um determinado comportamento, os ônus concretizam-se pela necessidade prática em que se encontra um detentor de um poder reconhecido pela ordem jurídica para praticar certo ato a fim de produzir efeitos jurídicos que lhe são favoráveis.

Mas a principal distinção a ser feita é entre deveres e obrigações jurídicas. Nesse ponto, é importante resgatar a distinção de Romano (1983, p. 23 et seq.) entre os deveres correlativos a direitos por obrigações (*obbligati*) e os deveres de caráter geral,

correspondentes a poderes funcionais (*poteri*) por deveres em sentido estrito (*doveri*). Essa distinção é retomada por Díaz Revorio (2011, p. 278-310) para considerar como *obrigação* o marco de uma relação jurídica na qual existe – de forma correlata – um direito subjetivo de outra parte, enquanto que *dever*, em sentido estrito, é estabelecido em proteção de interesses objetivos. Dessa forma, frente ao dever de um sujeito existe um *poder* para pretender seu cumprimento. Esse poder se constitui como garantia da observância do dever, expressão de interesses objetivados por uma norma, à margem de uma relação jurídica concreta. Portanto, os deveres derivam diretamente da norma, são impostos em atenção a interesses gerais da sociedade, e frente a eles existe um poder, cujo exercício permitirá garantir seu cumprimento; ao passo que as obrigações existem no seio de uma relação jurídica concreta e frente a elas se situa o direito subjetivo da parte contrária.

A principal classificação dos deveres fundamentais os distingue em: (i) deveres associados a (ou conexos com) direitos fundamentais, em que se verifica uma coincidência de conteúdo do dever com parte do conteúdo do direito (*v.g.*, direitos-deveres ambientais ou ecológicos); (ii) deveres coligados a direitos, concebidos com o objetivo de enfraquecer ou limitar o conteúdo de determinados direitos (*v.g.*, dever de abstenção político-partidária em relação à liberdade; função socioambiental em relação à propriedade privada); (iii) deveres autônomos ou separados dos direitos fundamentais *stricto sensu*, porque apenas (de)limitam negativamente os direitos (*v.g.*, serviço militar; pagamento de impostos) (NABAIS, 2015, p. 39-40).

Ainda, segundo o conteúdo, os deveres podem ser positivos ou negativos, conforme prescrevam comportamentos ativos – que podem se desdobrar em deveres de prestação personalíssima, infungíveis, que veiculam um *facere*, como o serviço militar e o voto, ou uma prestação de coisa (*dare*), como o pagamento de impostos – e comportamentos omissivos, deveres de abstenção (*non facere*), como a isenção político-partidária à Magistratura. Nesse aspecto, há

figuras mistas, como os deveres de promoção da saúde e do meio ambiente; ao mesmo tempo, abstenção a ofensas a tais bens jurídicos e realização de condutas ativas para sua preservação (*facere e non facere*) ou os deveres de manutenção e educação dos filhos, que veiculam – simultaneamente – aspectos materiais de *facere e dare*.

Delimitado o objeto do trabalho, verifica-se, dentre os pontos mais controvertidos na literatura internacional, a possibilidade da aceitação de um sistema aberto de deveres fundamentais, que não decorrem de uma cláusula geral, mas que podem reconhecer novos deveres – conexos ou autônomos – bem como da aplicabilidade direta e imediata das normas que veiculam deveres, haja vista que sempre há algum efeito imediato mínimo, desde a eficácia revocatória de comandos normativos contrários a seu conteúdo, imposições vinculantes ao legislador e como parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas, ainda que não haja a projeção de posições subjetivas passivas – isso porque os deveres fundamentais compartilham, em grande parte, ainda que com temperamentos, do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, observada a dupla fundamentalidade, formal e material, com especial limite de revisão constitucional.

Essas e outras especificidades são os conteúdos e questões próprios dos deveres fundamentais, do que não se pode tratar aqui com profundidade, mas já foi objeto de monografia (PREIS, 2018). No entanto, lançadas as diretrizes gerais sobre o tema e os contributos para uma teoria geral, é preciso avançar para uma análise mais concentrada na matriz brasileira e na abordagem das possíveis aplicações práticas dessa teoria aos mais representativos deveres fundamentais extraídos da Constituição brasileira.

### **3 Deveres fundamentais na constituição brasileira de 1988**

No caminho de construção de uma teoria e de uma dogmática própria dos deveres fundamentais, a partir de contribuições



estrangeiras e com referências pontuais ao direito comparado, acessa-se agora o texto constitucional brasileiro, que reservou seu capítulo essencial, inaugurado pelo art. 5º, o Capítulo I do Título II, para “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*” – não obstante estejam espalhados ao longo de todo o texto constitucional, bem como nas normas de conteúdo materialmente constitucional.

A teoria dos deveres fundamentais que vem sendo desenvolvida aqui busca ser – antes de tudo – *constitucionalmente adequada*: atenta às peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, ainda que inspirada em categorias jurídicas produzidas em outros ambientes constitucionais, mas que, pela sua forte recepção no Direito comparado e pela sua capacidade de adaptação e articulação, dialogam com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Sem a pretensão de esgotar o conteúdo nem de apresentar um catálogo dos deveres fundamentais em espécie, delimitam-se alguns dos deveres fundamentais mais representativos, direcionados aos indivíduos, a grupos e a toda a coletividade, divididos em três eixos, para fins de organização e sistematização do conteúdo, bem como para evidenciar suas diferenças e nuances de aplicação prática, bem como possíveis situações de antinomias e conflitos entre as normas jusfundamentais.

Utiliza-se como critério de classificação a relação Pessoas-Estado, aproximando direitos e deveres fundamentais, bem como deveres fundamentais e deveres de proteção estatal, como categorias distintas, porém unidas na essência e no escopo.

Como se trabalha a teoria na perspectiva constitucional parte-se da premissa de que o Estado permanece fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais, pois essa é a *ratio* do Estado de Direito, desde as origens contratualistas, para garantia dos direitos de todos, objetivamente. Portanto, sempre há um dever geral de proteção do Estado por detrás da positivação de cada posição subjetiva, seja na forma de direitos, seja na forma de deveres fundamentais.

Tanto os direitos como os deveres fundamentais dirigidos à sociedade e às pessoas – coletiva ou individualmente consideradas – são materializações, expressões, por diferentes meios e modos, desse dever geral de proteção. Ou seja, o direito subjetivo é uma ferramenta; o dever subjetivo é outra, como categorias distintas: ambas pensadas e implementadas para um objetivo comum, que é a tutela objetiva dos bens e valores constitucionais.

Por isso, apresentam-se os (i) Deveres “Naturais”, tendo o Estado como regulador, em que os deveres são dirigidos às pessoas, mas o Estado deve garantir o adimplemento suficiente do dever para – noutro vértice – garantir os direitos fundamentais correlatos; (ii) Deveres Públicos, com o Estado arrecadador, exigindo o cumprimento de prestações da sociedade e das pessoas para a existência e o funcionamento da coisa pública, sem nenhuma contraprestação direta às pessoas individualmente, mas em prol de todos; e (iii) Deveres Humanos, com o Estado garantidor perante a ordem internacional, pois mesmo mantida a soberania interna, o Estado tem compromissos jurídicos externos como Estado-membro. Por isso, deve exigir o cumprimento dos direitos-deveres dessa ordem.

No primeiro eixo, encontram-se os deveres fundamentais decorrentes das relações familiares e sociais, sob a dimensão horizontal de comunidade, mas com o Estado regulador desse adimplemento suficiente para garantir os direitos fundamentais correlatos, com destaque para os (a) Deveres de Educação e (b) Deveres de Assistência, previstos nos art. 205, 227, 229 e 230, da Constituição da República.

O dever de educação se apresenta como um dos mais importantes deveres fundamentais dirigidos e incumbidos à *família*, em concomitância com o dever de proteção do Estado, desdobrado nos deveres de promoção e incentivo, em colaboração com a sociedade, visando aos objetivos específicos de pleno desenvolvimento da pessoa; preparo ao exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. O comando consagrou –

conjuntamente – o dever de proteção do Estado coligado com o dever fundamental da família, às pessoas coletivamente consideradas em um ente despersonalizado, ao passo que os destinatários, titulares do direito à educação, são todas as pessoas, indistintamente, e não apenas aquelas em idade escolar.

Como destaca Nabais (2015, p. 123), quando os deveres estão coligados a direitos sociais, esses são transformados em direitos-deveres de solidariedade – de natureza dúplice – não apenas para promoção da dignidade e pleno desenvolvimento das pessoas, mas como garantia de um mínimo de igualdade de oportunidades e uma condição de preservação e funcionamento regular de uma sociedade democrática.

Analisado o art. 229, tem-se que a primeira parte se destina aos deveres de assistência, criação e educação dos pais em relação aos filhos menores; na segunda parte, o inverso, os deveres de ajuda e amparo dos filhos em relação aos pais carentes ou enfermos. Dentre os deveres de assistência estão as obrigações materiais – sobretudo de alimentos – cujo inadimplemento injustificável sujeita os pais às penas do crime de abandono material, além de conduzirem a um processo para destituição do poder familiar), pois o dever fundamental de *assistência* cuida, primordialmente, da assistência material, do dever de sustento, com fornecimento de alimentação, vestuário, moradia, medicamentos e demais condições de sobrevivência e desenvolvimento, desde a concepção até a maioridade civil, o que abrange os alimentos gravídicos ().

Afora essa relação direta com vínculo de ascendência, há o dever fundamental geral (de todos) de tutela de parcelas mais vulneráveis da população (por fatores diversos), dirigidos à família e à sociedade como titulares, consoante disposto nos art. 227 e 230.

No segundo eixo, situam-se os deveres de participação na coisa pública, mediante o estabelecimento de relações verticais com o Estado (dirigidos à sociedade indiretamente), em que o Estado exige o cumprimento de prestações para a existência e funcionamento da própria estrutura estatal, garantidora de direitos,

como se verifica nos (c) Deveres de Defesa; (d) Deveres Tributários; e (e) Deveres Políticos, previstos nos art. 14, 143, 144 e 145, a *contrario sensu*, da Constituição da República.

Seguindo o itinerário, tem-se os deveres fundamentais de defesa – interna e externa – a partir dos clássicos deveres de defesa da Pátria, com o serviço militar obrigatório, depois os serviços equivalentes aos objetos de consciência (de igual duração e penosidade ao serviço armado), serviços de defesa civil diante de calamidades públicas e, ainda, *outros encargos* para mulheres e eclesiásticos. Distinguem-se os deveres de defesa em tempo de guerra declarada e em tempos de paz, para o que a legislação ordinária apresenta um reforço ao adimplemento do primeiro – por exemplo – com o estabelecimento de penas mais gravosas às condutas de deserção: única previsão constitucional da pena de morte legítima no ordenamento jurídico brasileiro.

Diferentemente de outros ordenamentos, o texto constitucional brasileiro não previu expressamente o dever fundamental de pagar tributos, o que se extrai dos art. 145-163; art. 194-195; e art. 201-204, que compõem o Sistema Tributário Nacional, tratando-se de um dever fundamental implícito. A tributação é uma parte importante da sociedade humana, de tal modo que se pode afirmar que onde existe comunidade, existe tributação, como forma de contribuição privada à manutenção da esfera pública e para a satisfação de objetivos gerais, para além dos interesses particulares, não como mera relação de poder, mas como uma relação jurídica sobre como se dá o pacto fundamental na constituição de uma esfera cívica de liberdade e igualdade entre público e privado (CALIENDO, 2013, p. 175-186).

Pode-se discutir – e há grandes debates jurídicos, econômicos, filosóficos e ideológicos nesse sentido – o tamanho do Estado, a intensidade da carga tributária, seus pesos e direcionamentos, mas não é possível imaginar nenhum regime político que prescindia do financiamento social por meio da tributação. Um Estado falido não pode garantir direitos, por isso, pouca valia há na proclamação de

direitos sem haver condições materiais e estruturais para fazê-los valer na prática, nas vidas das pessoas.

Já os deveres políticos orbitam ao redor do direito-dever de votar, base da existência e manutenção de qualquer ordem democrática, que outorga a cada pessoa uma parcela de poder político, em condições iguais. O art. 14, § 1º, I, da Constituição brasileira, prevê o primeiro dos deveres políticos, o alistamento eleitoral aos brasileiros maiores de dezoito anos de idade, ato formal de inscrição como eleitor perante a Justiça Eleitoral, exigência cartorária tida como pressuposto para o voto. Trata-se de procedimento administrativo-eleitoral pelo qual se qualificam e se inscrevem os eleitores aptos, conforme requisitos constitucionais e legais, adquirindo a capacidade eleitoral ativa (*jus suffragii*), pressuposto objetivo da cidadania, sem o qual não é possível o exercício da soberania popular. As vedações expressas no texto constitucional para o alistamento se referem aos estrangeiros (art. 14, § 3º, I) e conscritos (CRFB, art. 14, § 2º), ou seja, aos jovens enquanto prestam o serviço militar obrigatório.

No terceiro e último eixo, encontra-se a relação entre as pessoas e a Humanidade, como um todo, funcionando o Estado como garantidor perante a ordem internacional, uma relação intergeracional e transfronteiriça, conectando o passado e o futuro de todos, incluindo as futuras gerações e as formas de vida não humana, como o que se estabelece entre relação a (f) Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural; e (g) Meio Ambiente, insculpidos nos art. 216 e 225 da Constituição da República.

A tutela do patrimônio comum da Humanidade gira em torno do que se considera *cultura*, um conceito jurídico amplo, que permite o reconhecimento do *Outro* e leva a pensar que todos pertencem a uma forma de viver, um modelo entre muitos possíveis, amalgamados no curso da História e que vão conformar as ações desses grupos e influir decisivamente numa concepção de mundo (MOLINARO; DANTAS, 2013, p. 1978-1979).

Dentre essas formas, há um denominador comum que distingue e forma a comunidade brasileira, em todas as suas manifestações artísticas, espirituais, intelectuais e científicas vinculadas a um acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional. Esse acervo abarca memórias históricas, condições étnicas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica, sendo que o sistema brasileiro é declaratório e constitutivo por parte da autoridade pública, em processo de Registro Público de tombamento de todo o conjunto dos bens, móveis e imóveis, cuja conservação tenha reconhecido interesse público, seja por sua vinculação a fatos históricos, seja por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Por fim, o comando constitucional do art. 225 traz a ideia de responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre Estado e sociedade, destacando que os deveres de proteção e promoção do ambiente são atribuídos também aos particulares e vinculados com o princípio da solidariedade, pois a responsabilidade da tutela ecológica incumbe a todos, não apenas ao Estado. Para além do direito de viver em um ambiente sadio, as pessoas têm deveres para com a manutenção do equilíbrio ecológico como uma dupla perspectiva, subjetiva e objetiva, como direito subjetivo e valor comunitário, como destacam Sarlet e Fensterseifer (2015, p. 64-65).

Além das posições subjetivas – portanto – há uma perspectiva objetiva que revela um complexo de projeções normativas, tais como os deveres de proteção ambiental dirigidos às pessoas, os deveres de proteção estatal e as perspectivas procedimentais e organizacionais, a formar um sistema normativo integrado e multidimensional de tutela e promoção do direito fundamental ao ambiente (mínimo existencial socioambiental), tendo como objetivo a máxima efetividade.

Há diversos outros deveres fundamentais previstos ou extraíveis da ordem constitucional brasileira e mesmo estes deveres referidos exigiriam um tratamento jurídico-científico mais detalhado e aprofundado, o que não é possível nesse texto, mas se buscou

apresentar uma visão panorâmica sobre o tema a fim de demonstrar algumas questões específicas e a enorme gama de potencialidades.

### **Considerações finais**

É lugar-comum afirmar-se – atualmente – ser dever do Estado concretizar os direitos fundamentais das pessoas, mas a questão que se enfrenta aqui é a afirmação, a primeira vista paradoxal, de que os deveres fundamentais exigidos das pessoas revertem em uma maior concretização dos direitos de todos.

Nesse sentido, propõe-se que a liberdade seja pensada como responsabilidade e a igualdade na distribuição dos encargos, imprescindíveis para o funcionamento de toda a sociedade politicamente organizada, em uma relação de equilíbrio entre direitos e deveres como normas jusfundamentais.

É justamente pelo défice de realização dos direitos fundamentais nas vidas das pessoas que se trabalha com os deveres fundamentais, não como categoria antagônica à dos direitos fundamentais, mas relacionada de tal modo que se mostra capaz de contribuir para alcançar um patamar de maior eficácia social.

Todos nós – indistintamente – estamos submetidos às normas jusfundamentais que veiculam deveres (que lá estão como o lado oculto da Lua), de modo que o conhecimento acerca de seus conteúdos, alcances e limites permite um maior controle sobre sua aplicação. Paradoxalmente, ao lado dos direitos, os deveres contribuem para um maior controle e delimitação do âmbito legítimo de incidência do poder político, sob uma perspectiva diferente.

Não se pretende, em substituição, instituir uma *Era de deveres* das pessoas, apenas, como se não houvesse mais nenhum direito. Chama-se a atenção para as debilidades e insuficiências dessa construção exclusivista, que teve sua importância histórica, mas que precisa avançar rumo a um sistema equilibrado de normas jusfundamentais.

Esse outro olhar sobre o fenômeno jurídico – com as lentes de outra categoria – enriquece o léxico, o vocabulário, o repertório do jurista, é a razão de ser e o objetivo geral deste trabalho.

## Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- BANDIERI, Luís María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CARBONE, Carmelo. *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*. Milano: Dott. A. Giuffré, 1968.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales: sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 5, n. 28, p. 278-310, jul./dic. 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, Alicante, n. 3, p. 17-33, 1986.



- HOFMANN, Hasso. Grundpflichten und grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. Band V: Allgemeine Grundrechtslehren. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992.
- ITÁLIA. Constituição (1947). *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Libreria del Senato, 2009. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.
- LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. Traducido del italiano por Valentina Faggiani. *ReDCE*, Granada, v. 7, n. 13, p. 67-81, ene./jun. 2010.
- LOMBARDI, Giorgio. *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1967.
- LUCHTERHANDT, Otto. *Grundpflichten als Verfassungsproblem im Deutschland*: geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz. BerlimBerlin: Duncker & Humblot, 1988.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Breves reflexões sobre os deveres fundamentais socioambientais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 3, p. 989-1025, 2015.
- MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Seção II: Da Cultura. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal de direitos humanos*. [S.l.], 1948. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987.

PREIS, Marco Antônio. *Teoria dos Deveres Fundamentais na Perspectiva Constitucional Brasileira*. 2018. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, Santo Ângelo, 2018.

ROMANO, Santi. Doveri, obblighi e poteri, potestà. In: ROMANO, Santi. (Org.). *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: 1986.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES*, Natal, v. 1, n. 2, p. 214-225, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VASAK, Karel. *The internacional dimensions of human rights*. Paris: UNESCO, 1982. v. 1. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

VIOLANTE, Luciano. *Il doveri di avere doveri*. Torino: Giulio Einaudi, 2014.



## **A interdependência dos direitos humanos e a democracia: direitos de resistência como a primeira barreira contra a ameaça à democracia**

*Renato Younes Quatrin*<sup>1</sup>

### **Introdução**

Instigado pelo surgimento de novos desafios que emergem no cenário político mundial atual, relacionados a discursos eleitorais manifestamente depreciativos aos direitos humanos, este artigo visa tratar a hipótese dos *direitos de resistência*<sup>2</sup> como uma primeira barreira contra o declínio do Estado Democrático de Direito.

Diferentemente do que se busca propor neste artigo, os cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, em sua obra *Como as Democracias Morrem*, defendem tese na qual os partidos políticos seriam os bastiões da democracia. Serviriam estes, de tal maneira, como uma primeira barreira imposta à passagem de candidatos com características autoritárias ao poder. Apesar de apresentar exemplos de outras nações, nas quais uma depreciação

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Internacionais pela Universidade de Lisboa, especialista em direito internacional pela UFRGS, bacharel pela PUCRS e advogado autônomo; <http://lattes.cnpq.br/1069701519684285>; [renatoquatrin@gmail.com](mailto:renatoquatrin@gmail.com).

<sup>2</sup> Fazendo uso da mesma *ratio* exposta por Dimoulou e Martins (2014, p. 51), utiliza-se o vocábulo *direitos de resistência*, e não o vocábulo *direitos de defesa*, para que se evite confusões relativas aos direitos fundamentais vinculados ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O vocábulo foi escolhido, assim, com o objetivo de evitar erros interpretativos. Por possuírem *status* de ordem negativa, o vocábulo empregado define uma resistência à intervenção estatal que possa restringir liberdades humanas (ALEXY, 2015, p. 219).

do regime democrático fora evidenciada, a obra aborda mais profundamente as regras formais e informais do *establishment* estadunidense, no qual verificam-se eleições primárias realizadas nos quadros dos próprios partidos e, após, eleições gerais bipartidárias. A partir de uma afirmativa generalista baseada nesses aspectos, origina-se a justificativa para propor os direitos de resistência como uma primeira barreira contra a ameaça à democracia.

Para tanto, o trabalho buscará, em um primeiro momento, a análise da suposta interdependência entre os direitos humanos e a democracia. Passa-se a examinar a trajetória dos debates que introduziram a ideia de interdependência no cenário de direito internacional público, os quais se realizam ao meio de organizações internacionais e que resultam em variados instrumentos de direito internacional público. Procura-se apontar a existência, ou não, de um consenso que enquadre o regime democrático como a única forma de governança que possibilite a real efetivação dos direitos humanos, e se a efetivação destes também seria fundamental para a existência da democracia. Ainda, caso seja confirmada a interdependência, as decisões públicas contrárias aos direitos humanos poderiam ser reconhecidas como decisões que atentam contra o próprio regime democrático?

Desse debate de interdependência surge, conjuntamente e por eliminação, a ideia de que os direitos humanos seriam plenos somente em Estados verdadeiramente democráticos. Evidencia-se que o tratamento do conceito de democracia teria um enfoque direcionado aos direitos de participação política, que se demonstram como pilares essenciais aos governos democráticos. No entanto, esta visão estaria sendo dificultada em razão do surgimento das democracias *aparentes*. A partir disso, surgiriam novos desafios que trazem consigo o reavivamento do debate sobre a liberdade, a autonomia normativa do indivíduo e as condições fornecidas pelos Estados para o exercício dessas duas capacidades.

De tal modo, a primeira parte do presente artigo busca tratar das questões de interdependência entre os direitos humanos e a democracia, e, depois, tratar brevemente dos conceitos de liberdade, autonomia normativa e construção do contrato social democrático.

Na segunda parte, realizar-se-á uma pesquisa dos parâmetros democráticos atuais e apresenta-se a hipótese proposta pelo presente trabalho. Buscar-se-á, desde logo, esclarecer as diferenças entre as democracias *aparentes* e as *plenas*. Esse esclarecimento, crê-se, seria importante para estabelecer uma ligação entre as questões relativas às condições proporcionadas pelos Estados, na forma de direitos de resistência, para o exercício pleno dos direitos de participação política. Isso porque, até mesmo para a garantir os direitos de participação política, seria necessária a não intervenção do Estado em liberdades individuais de resistência, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, de livre expressão e de imprensa livre, nos termos da lei, dentre outros, para que o processo democrático não seja envenenado. Examinar-se-á, ainda, o conteúdo dos instrumentos de direito internacional público que disciplinam obrigações negativas, como, também, a Constituição Federal Brasileira de 1988.

A pesquisa, esclarece-se, limita-se a analisar as democracias que seriam decompostas ou enfraquecidas mediante o uso do mesmo regime democrático, ou seja, deixar-se-á de lado aqueles regimes democráticos destituídos por golpes militares. O enfoque será o exame das democracias que se tornaram decadentes, mas nas quais o processo eleitoral, considerado como democrático à primeira vista, teria sido respeitado.

Por último, buscar-se-á responder o seguinte questionamento: se as condições de exercício da autonomia normativa e da liberdade individual, em uma sociedade democrática, estão intrinsecamente ligadas ao respeito do Estado aos direitos de resistência, poder-se-ia afirmar que estes são primeira barreira contra a ameaça à democracia?

## **1. Do direito internacional público e da interdependência entre democracia e direitos humanos**

A ideia de interdependência entre os direitos humanos e o regime democrático assume uma hipótese excludente. A hipótese deriva exclusivamente do vocábulo utilizado, o qual delimita a efetivação plena de um ou de outro de maneira desacompanhada. Entretanto, tem-se cautela ao analisar pura e friamente o vocábulo empregado em seu sentido literal, devendo-se analisar o contexto no qual a ideia de interdependência se insere, para, depois, buscar entender o que se objetiva afirmar.

Isso posto, a proposição de interdependência se trata de uma ideia recente, se utilizado como parâmetro a história do direito internacional público pós-Segunda Guerra Mundial, o qual fora moldado com base na dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2013, p. 90 e 101).

Ao mesmo tempo em que se garantiu a mencionada importância à dignidade da pessoa humana, sustenta-se que novas constituições democráticas emergiram no decorrer do século XX, e o direito internacional público passou a suscitar e elevar a importância do regime democrático para a realização efetiva dos direitos humanos. Essa elevação, contudo, pode ser evidenciada com mais clareza somente após o término da Guerra Fria, em virtude do surgimento de novos regimes democráticos no Leste Europeu, na América Latina, e em partes do Sudeste Asiático e da África (FOX, 2008, p. 2). Uma das razões pelas quais essa elevação foi tardia, aponta Tomuschat (2013, p. 29), seria a existência, quando da confecção da Carta das Nações Unidas, de grandes impérios coloniais, os quais estariam desassistidos do princípio de autodeterminação dos povos, este que já estava elencado no artigo 1º da referida Carta.

A despeito de reconhecidos instrumentos de direito internacional, anteriores à Guerra Fria, providenciarem obrigações para a implementação dos direitos de participação política, a adoção

do vocábulo *democracia*, em seus respectivos textos, teria sido evitada de maneira deliberada (TOMUSCHAT, 2008, p. 60). Como exemplos, menciona-se o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>3</sup> (doravante DUDH) e o artigo 25 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos<sup>4</sup> (doravante PIDCP), nos quais o vocábulo não se faz presente, apesar de serem relacionados aos direitos de participação política. Consubstanciando-se a isso, o termo *democracia* seria raramente encontrado nos demais textos de direito internacional (TOMUSCHAT, 2008, p. 60 e RICH, 2001, p. 20)<sup>5</sup>, uma vez que a comunidade de Estados e parte majoritária da academia compreendiam que não caberia ao direito internacional público, de forma geral, a regulação de problemas relacionados à estruturação de um Estado soberano (FOX; ROTH, 2000, p. 1). A preocupação com a base constitutiva dos governos de diversos Estados, então, não seria emanada com veemência pelo direito internacional público, pelo menos até o fim da Guerra Fria.

O que se observava nesses instrumentos, portanto, seria a existência de uma *prescrição moral* para a adoção de um regime democrático pelos Estados, tal qual fora transformada, de forma gradual, em uma explícita agenda de direito internacional público, a

---

<sup>3</sup> Artigo 21º. “1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2.Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3.A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”.

<sup>4</sup> Artigo 25º. “Todos os cidadãos gozarão, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2.º, e sem restrições indevidas, dos seguintes direitos e oportunidades: a) Participar na direcção dos assuntos públicos, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente eleitos; b) Votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal, por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c) Ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país”.

<sup>5</sup> A própria DUDH traz, em seu artigo 29, o vocábulo “sociedade democrática”. Seu conteúdo, entretanto, versa sobre uma concessão para a limitação de direitos e liberdades individuais, pela forma da lei. A permissão em restringir direitos e liberdades individuais somente seria possível como forma garantidora dos princípios de uma sociedade democrática (TOMUSCHAT, 2013, p. 29).



qual busca considerar a democracia como a única forma de governança legítima (FRANCK, 1992, p. 47-49). O início da trajetória para essa mudança pode ser observado com maior facilidade através da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993. Em seu preâmbulo, refere-se ao direito de participação como prescrição moral quando reafirma que os direitos humanos derivam da dignidade da pessoa humana, devendo esta participar ativamente na realização de seus direitos e liberdades (WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, 1993, p. 1). Entretanto, de forma mais assertiva, confere uma maior aceitação à visão de interdependência quando afirma (WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, 1993, p. 3, tradução nossa) que “a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e liberdades individuais são interdependentes e reforçam-se mutuamente”. Oito anos depois, com a adoção da Resolução 55/96, sobre a Promoção e Consolidação da Democracia, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, buscou-se afirmar “os requisitos essenciais de uma democracia autêntica” (TOMUSCHAT, 2013, p. 29 e 30, tradução nossa). Dentre eles, faz-se menção à proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais, ao respeito à DUDH e aos demais tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 2001, p. 1).

Passe-se a apontar que uma ambiência democrática estaria sendo estabelecida pela comunidade internacional como a única na qual os direitos humanos poderiam ser verdadeiramente efetivados (TOMUSCHAT, 2008, p. 61). A assumida ampliação desta vertente seria notada no direito internacional público mediante organizações internacionais e academia, sendo afirmado que as convenções internacionais de direitos humanos providenciam “os ingredientes essenciais para um governo democrático” (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU, 2003, p. 4, tradução nossa), como, também, que os direitos humanos não existiriam sem o regime democrático e vice-versa (PIOVESAN, 2014).

Apesar de se observar um já formado consenso no âmbito do direito internacional público, James Griffin (2008), na ceara da filosofia que se dedica ao estudo dos direitos humanos, apresenta indagações que estimulam o pensamento sobre a interdependência. A primeira delas parte da afirmação de que muitos dos considerados direitos humanos seriam essenciais para a realização da democracia (GRIFFIN, 2008, p. 242 e 243). Dentre eles, estariam o direito de participação política, o de expressão, o de assembleia, o de privacidade e o de informação (GRIFFIN, 2008, p. 243). Entretanto, o mesmo autor (2008, p. 243) realiza questionamento sobre se o inverso seria igualmente verdadeiro: os direitos humanos necessitam da democracia? Após um aprofundamento filosófico sobre as características de autonomia normativa e liberdade do indivíduo<sup>6</sup>, uma resposta, salvo melhor juízo, estaria condicionada à observação do que as sociedades modernas forneceriam como opção, tendo-se em vista dois questionamentos realizados pelo autor (2008, p. 248, 253-255, tradução nossa): (i) “Seria empiricamente possível que exista uma sociedade de seres humanos que não viole direitos humanos e não seja democrática?”; (ii) “Se sim, seria empiricamente possível para uma sociedade em condições modernas típicas de governo altamente difundido, grande população, tecnologia avançada, centralização de poder, [...], respeitar todos os direitos humanos, mas não ser democrática?”. As repostas fornecidas, respectivamente, seriam sim e não.

Desse modo, a questão de interdependência apontada sugere uma abordagem empírica que analisa questões de evolução das sociedades humanas, e apresenta a democracia como o único regime

---

<sup>6</sup> A autonomia normativa seria considerada como a capacidade humana em decidir por si mesmo, dentro dos limites, e perseguir sua concepção de uma vida significativa (GRIFFIN, 2008, p. 45 e 46). Para o exercício dessa autonomia normativa, seria necessário ao indivíduo não somente possuir certas capacidades, como a capacidade de pensamento autônomo, mas também que ele seja permitido a exercê-las. Isso posto, a capacidade não se traduziria sozinha, sendo necessária a criação de caminhos para que o indivíduo possa, de fato, exercê-la através da possibilidade de ser um agente normativo (GRIFFIN, 2008, p. 47). Por sua vez, a liberdade significaria ser livre para perseguir uma concepção de autonomia normativa e requer uma gama de opções consideráveis. O aspecto fundamental seria a não limitação dessas opções pela própria sociedade (GRIFFIN, 2008, p. 243).

no qual, hoje, os direitos humanos seriam possivelmente concretizados. Encontra-se respaldo nas afirmações através da própria inquirição do surgimento dos direitos humanos na história, uma vez que nasceram em regimes não democráticos, mas que continham em seu núcleo o propósito de reduzir a sujeição do ser humano de sua condição de súdito perante o poder dos absolutistas (RIBEIRO, 2013).

Entretanto, as indagações relacionadas à liberdade do indivíduo em sujeitar a sua própria liberdade ao Estado, ou à sociedade democrática, persistem. Nesse sentido, Kant (1793, p. 144 *apud* HABERMAS, 1997, p. 126 e 127), em arguição sobre a validade da ordem jurídica, afirma que “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida que esta é possível segundo uma lei geral”. Segundo Kant (1793, p. 144 *apud* HABERMAS, 1997, p. 126 e 127), a lei geral, considerada como contrato social, serviria como a legitimação do direito natural, chamado de direito humano e fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares. Somando-se a isso, Habermas (1997, p. 127) prossegue para apontar que

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no *interior* do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.

Em mesmo tom, Tomuschat (2013, p. 30) disserta que a *doutrina democrática* considera que a pessoa humana manteria a sua digna condição de homem livre quando se associa com seus iguais e participa das decisões coletivas. O governo livre, do

indivíduo para o indivíduo (TOMUSCHAT, 2013, p. 30), seria formulado, assim, através da liberdade do ser humano e através de condições de autonomia normativa que possibilitam e capacitam o indivíduo à participação política (GRIFFIN, 2008, p. 45, 47 e 243).

A interdependência dos direitos humanos e do regime democrático, aplicada no contexto da sociedade atual, não se olvidando de parte da academia que trata de uma denominada imposição cultural ocidental (GRIFFIN, 2008, p. 137-142 e MÜLLER, 2013, p. 47-50), aparenta se sustentar como verdadeira. A afirmação de que “o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático” (PIOVESAN, 2014), apesar de fornecer margem para a interpretação de que outros regimes também possibilitariam a efetivação dos direitos humanos, mas seriam menos compatíveis para tanto, também indicaria que, nos contextos atuais, essa interdependência se faz presente.

Superada a ideia de interdependência, a problemática passa a ser outra, relativa ao respeito das condições que o procedimento democrático exigiria. Isso porque, se a diminuição de um teria como reflexo a diminuição do outro, a autenticidade da democracia deve passar por questões de eficácia na aplicação das regras democráticas e dos direitos humanos. O respeito às condições exigidas pelo procedimento democrático, como proposta do presente artigo, passaria, primeiramente, pelo respeito eficaz das obrigações de *status negativo*, dirigidas à atuação estatal, para que não sejam limitadas as condições e a capacidade de autonomia normativa do indivíduo. De tal modo, apresenta-se a ideia de que os direitos de resistência formariam uma primeira barreira contra um processo cíclico de deterioração do Estado Democrático de Direito, ocasionado pela própria via democrática.

## **2. Da democracia plena e dos direitos de resistência**

Remetendo-se à Grécia Antiga, berço da democracia, diz-se que os gregos enalteciam sua capacidade de *praticar* a liberdade, de

modo que “só eles, que decidiam suas questões, eram livres” (RIBEIRO, 2013). Não se busca olvidar, contudo, que o regime democrático, à época, possuía regras de participação limitadas, que deslegitimavam certos grupos sociais da tomada das decisões públicas (RIBEIRO, 2013), igualmente ao que ocorreria em regimes democráticos até meados do século XX. Imperioso notar, no entanto, que a deliberação dos assuntos públicos era tratada como uma questão de liberdade individual e coletiva, do povo – apesar de não em sua totalidade – para o povo – em sua totalidade. Nem mesmo os gregos escapam da questão imposta nos tempos atuais: o que caracteriza uma denominada democracia como uma democracia de verdade?

A introdução a uma resposta deve passar pela conceituação de democracias *plenas*. Com alguma frequência, nota-se que o conceito de democracia é tratado através de uma abordagem direcionada quase que exclusiva aos direitos de participação política e à etimologia da palavra, sendo conceituada como o poder emanado do povo, através de eleições periódicas, garantida a livre participação e o direito universal ao voto (OLIVEIRA; STRECK, 2016). Todavia, a importância deontológica intrínseca ao regime, como apontada por Sartori (1965, *apud* OLIVEIRA; STRECK, 2016), serviria como alicerce para assinalar as diferenças entre democracias *plenas* e *aparentes*. Sustenta-se que o Estado democrático, representado por instituições democráticas, eleições periódicas e voto universal, ainda deveria respeitar um *dever ser* da democracia, inerentemente ligado à observância de “níveis aceitáveis de concretização de direitos fundamentais, com inclusão e projeção universal de igualdade política entre os cidadãos” (OLIVEIRA; STRECK, 2016).

A capacidade do exercício da liberdade coletiva deve ser universal e igual a todos, mas ainda requer as condições nas quais possa ser exercida, respeitando, para isso, a concretização de níveis aceitáveis de direitos fundamentais. Dessa maneira, caso a democracia esteja envenenada por outros fatores que prejudicam a formação das condições do indivíduo para o voto, tornando-a

aparente, pouco importará se o Estado possuir eleições democráticas periódicas e garanta os direitos de participação de forma universal. Como exemplo, a liberdade dos indivíduos em uma sociedade poderia ser limitada pela existência de uma só mídia controlada pelo Estado, ou pelo aliciamento das mídias privadas pelo Estado, dificultando-se o direito à informação. Como reflexo, a diminuição do direito à informação implica em uma diminuição ao direito de livre expressão e de imprensa. Para a realização da passagem de políticas governamentais por um escrutínio aberto e informado<sup>7</sup>, o Estado deveria respeitar a liberdade de expressão para que o debate das questões públicas seja desimpedido.

Consubstanciado a isso, o direito internacional público, através da Carta das Nações Unidas e da DUDH (PIOVESAN, 1998, p. 87-94), buscou reafirmar a importância da proteção dos direitos humanos através de um regime de direito para conter a marcha de regimes opressivos e tiranos. Ainda, chega-se a afirmar que se deve dar atenção às “extensivas evidências de que a democracia e os direitos políticos e civis tendem a fortalecer as liberdades de outras naturezas (como as de segurança humana), mediante a garantia de voz [...] aos desfavorecidos e aos vulneráveis” (SEN, 2009, p. 348, tradução nossa).

Em mesmo tom, Müller (2013, p. 47) sustenta que o aumento da participação política preveniria uma decadência de um governo a uma democracia aparente – e crê-se que sim. No entanto, as condições para o exercício da participação política não poderiam ser tratadas pela simples possibilidade de voto, ou seriam muito facilmente manipuladas por governos que se autoproclamam democráticos em virtude de possuírem eleições periódicas e garantirem direito universal ao voto. Para o real exercício dos

---

<sup>7</sup> Transpondo-se a teoria de Amartya Sen (2009, p. 385), sobre o que julga necessário para o exame, viabilidade e o uso dos direitos humanos para o campo de análise da autonomia normativa, acredita-se que o exame aberto e informado para questões que envolvam as políticas públicas e outras atribuições governamentais seja, também, importante para a formação de uma opinião pública desimpedida e livre.

direitos de participação – para o exercício da liberdade, conforme os gregos –, entende-se que seja necessária a garantia de condições para exercê-los de forma plena, conforme fora apontado anteriormente por Griffin (2008, p 45-48 e 243), sem que haja, primeiramente, uma intervenção estatal que as limite.

O desrespeito do Estado às normas internacionais de direitos humanos, como, também, às suas próprias normas que garantem liberdades e garantias fundamentais, apresenta-se como o primeiro sinal da quebra do pacto democrático, situação não muito incomum às democracias atuais.

Assunto tratado na obra *Como as Democracias Morrem*, pelos cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), aponta-se que, a despeito da associação comum do fim de regimes democráticos com a prática de golpes militares, essa forma de extinção de democracias tratar-se-ia de evento cada vez mais raro (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). No contexto atual, aduz-se que “a maioria dos países realiza eleições regulares”, mas que as “democracias ainda morrem, [...] por meios diferentes” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Uma vez no poder, estes utilizar-se-iam de movimentos legislativos presentes no próprio regime democrático, como, também, desrespeitariam regras informais de tolerância mútua e de reserva institucional (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Apresenta-se a tese de que o enfraquecimento da democracia decorreria da abertura dos próprios partidos políticos àqueles candidatos que destoam da figura política típica (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) – comumente considerados como *outsiders*, seriam aqueles que se autoproclamam como diferentes da figura política tradicional, esta carregada de adjetivos pejorativos. Mesmo que se apresente exemplos de outras nações, a tese levantada pelos autores se sustenta em um aprofundamento histórico da fundação da nação e da política estadunidense. Questões como regras formais e informais proporcionadas pelo *establishment* e outras questões relacionadas à cultura estadunidense podem encontrar certa resistência, como é o caso do presente artigo, visto que as

democracias encontram diferentes formas, justamente pelas sociedades possuírem culturas diversas (MÜLLER, 2013, p. 48). O que se demonstra, ao contrário, seria que as democracias possuiriam pontos de convergência, ou padrões mínimos para serem consideradas como tal (MÜLLER, 2013, p. 48). Como já visto anteriormente, esses padrões mínimos se relacionam com o *dever ser* democrático, com o respeito mínimo aos direitos humanos e/ou garantias fundamentais.

Justifica-se ainda, que se perquiridas as campanhas eleitorais recentes, em países como França, Alemanha e Brasil, que adotam o sistema pluripartidário, viu-se surgir, com maior facilidade, figuras políticas que se autoproclamaram como *outsiders* e/ou que possuem um perfil autoritário. Notadamente, ao meio de suas campanhas eleitorais, essas figuras tendem a realizar declarações contra os direitos humanos e até mesmo desmerecer o regime democrático, em alguns casos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Entretanto, reconhece-se que o impedimento dessas figuras ao jogo democrático feriria a própria democracia e os direitos de participação, não sendo uma opção desejável. A aceitação do pluralismo e da diversidade, afinal, faria parte do significado de democracia (KOÇAK; ÖRÜCÜ, 2003, p. 401 e ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 2001, p. 2), bem como se é comum a existência de grupos de oposição ao governo em uma sociedade democrática (MÜLLER, 2013, p. 46).

Este raciocínio não deve ser confundido, no entanto, com a aceitação de medidas antidemocráticas que sejam resultado das votações populares, tendo em vista que, se violarem os direitos humanos<sup>8</sup>, e aqui sendo reconhecida a tese de interdependência entre estes e a democracia, será uma decisão pública coletiva que viola a própria democracia. Assim, a mera tomada de decisões

---

<sup>8</sup> Deve-se ter em nota que mesmo os direitos humanos são passíveis de redução, em situações emergenciais. No entanto, o próprio catálogo de direitos civis e políticos (BRASIL, 1992) lista direitos humanos que possuem caráter inderrogável, ou seja, são obrigações que vigoram a todo tempo, pouco importando situações emergenciais.



públicas coletivas, ou seja, mesmo considerando-as como decisões da maioria, não poderiam ser consideradas por si só democráticas, caso violem os direitos humanos (RIBERIO, 2013). Justifica-se, nesse diapasão, que dentre as formas de tirania, ainda pode-se encontrar a tirania exercida pela maioria e os direitos humanos estariam presentes para garantir um quadro mínimo de proteção contra quaisquer formas de tirania (GRIFFIN, 2008, p. 245). A diminuição da aplicação desse quadro pode ser interpretada, mesmo quando por decisão vencida pela maioria, como uma diminuição da democracia.

A diferenciação do tratamento da questão de *como as democracias morrem*, então, passaria por questões de desrespeito aos direitos humanos, primeiramente, pois minariam a essência do processo democrático. A aceitação e permissão da passagem de candidatos que possuem um viés autoritário ao pleito democrático, por serem aspectos permitidos pelo próprio regime, não poderiam ser considerados como a queda de uma barreira, já que não há impedimento para tanto. Diferente seria o caso de uma eleição baseada na exclusão de grupos sociais do seu direito ao voto ou baseada na manipulação da informação<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> A este ponto específico, poder-se-ia arguir que, caso não houvesse uma figura chamada Estado, os próprios membros da sociedade tentariam convencer uns aos outros sobre determinado assunto, afetando, de qualquer modo, a liberdade de outrem. Não por menos, verifica-se outra crítica que poderia ser realizada ao regime democrático da Grécia Antiga e ao atual: as formas de convencimento da opinião pública. Conhecido por sua luta contra os sofistas, Platão (ca. 360 a.C *apud* ARENDT 2012, p. 34) já havia percebido que a conquista de opiniões não tinha qualquer compromisso de trazer a verdade consigo. Nos tempos atuais, admite-se que a manipulação da opinião pública seria um elemento da sociedade democrática (BERNAYS, 1928, p. 9), como serviria um propósito de autopreservação (BERNAYS, 1928, p. 959). Ademais, com o avanço significativo da liberdade de expressão, ter-se-ia evidenciado uma abertura para o que Edward Bernays (1947, p. 113 e 114, tradução nossa) chamaria de “engenharia do consenso”. O avanço tecnológico dos meios midiáticos, evidenciados nas “sociedades da informação”, assim denominadas por Castells (1999), também fez surgir novos desafios em relação à manipulação via informação, garantindo-se uma nova implicação ao conceito de *pós-verdade*. Esses desafios postos pelas democracias, que envolvem questões de persuasão, propaganda governamental e dos meios de comunicação, também influenciariam as decisões públicas. Poderiam, até certo ponto, ser objeto de aprofundamento. No entanto, essas questões, crê-se, mereceriam um estudo em separado, visto sua complexidade.

Entende-se que o foco restaria em fornecer essas condições ideais para a efetivação dos direitos humanos, através da máquina estatal, seja através das obrigações negativas ou positivas. Essas obrigações, no quadro internacional, são elencadas, principalmente, pelo PIDCP, de 1966, e pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. No quadro nacional brasileiro, são representadas pelo catálogo de direitos e garantias fundamentais presente na Constituição Federal de 1988. Dentre estas obrigações, encontram-se os *direitos de resistência*.

Por sua essência, os direitos de resistência, impõem limitações sobre a ação estatal e protegem o indivíduo da ação que prejudique as liberdades humanas, com as exceções na forma da lei (DIMOULOS; MARTINS, 2014, p. 50-53). Compreendem-se como aqueles que servem para o indivíduo resistir à intervenção estatal, se distinguindo dos direitos de participação, os quais serviriam para que o indivíduo intervenha na atuação política estatal (DIMOULOS; MARTINS, 2014, p. 54). Entende-se que, para o exercício dessa intervenção à política estatal, o indivíduo deve possuir as condições para tanto, sem que o Estado as limite, uma vez que nada impede que a liberdade e a autonomia normativa do indivíduo sejam limitadas por questões diversas, como através da proibição de assembleia ou da limitação da liberdade de ir e vir. Os direitos de resistência, por sua vez, impõem limites à atuação estatal que visa limitar as liberdades individuais, constituindo-se em uma barreira contra essa possível intervenção estatal.

A atenção direcionada aos direitos de resistência se dá, então, por duas razões: (i) a facilidade com que estas podem ser aplicadas, visto que basta que o Estado, muitas das vezes<sup>10</sup>, *não pratique a*

---

<sup>10</sup> Diz-se *muitas das vezes* em virtude da imposição de obrigações que somente seriam satisfeitas com a combinação de inação e ação do Estado. Como exemplo, a proibição da prisão arbitrária, disciplinada pelo artigo 9 do PIDCP, mescla obrigações negativas e positivas. Primeiramente, proíbe-se o Estado do exercício de prisões arbitrárias. Após, determina que qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade tenha o direito de recorrer a um tribunal e, assim, a obrigação dirigida ao Estado constitui-se em um dever de respeitar condições mínimas de julgamento justo, pressupondo a necessidade de um aparato estatal independente para o julgamento, o judiciário. Em mesmo exemplo, o artigo 14 conduz a

*conduta* ou *deixe de praticá-la* – diferentemente de obrigações positivas, que necessitam da moção da estrutura estatal e, no caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, levam em consideração a capacidade particular de cada Estado para empregá-las (CRASTON, 1983, p. 13 *apud* SEN, 2004, p. 347); (ii) o espírito das obrigações de *status negativo* contidas nos instrumentos de direito internacional público pós-Segunda Guerra Mundial traduzem-se em *resistência* contra a intervenção estatal autoritária.

Como exemplo, o PIDCP, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1992), expressa de forma clara essas obrigações de status negativo, quando, em seu artigo 19, aduz que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”, salvo para assegurar “o respeito dos direitos e da reputação das pessoas” ou para “proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. Em seu artigo 7, sustenta que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis ou degradantes”. Os dois artigos abordados versam sobre condutas autoritárias, as quais seriam lesivas a qualquer ordem democrática, pois, ao fim, visam a censura e a intimidação realizada pelo Estado. Para efetivação dessas obrigações, basta que o Estado forneça as condições necessárias, frequentemente na forma de não intervenção – se disciplinada uma obrigação negativa que proíba a discriminação, como é o caso do artigo 20 do PIDCP, basta que o Estado, em suas mais diversas atribuições, não discrimine. Assegura, ao mesmo tempo, pretensão judicial ao indivíduo lesado pela atuação estatal, perante as instituições democráticas que compõe o Estado democrático.

Em exemplo prático que demonstre os direitos de participação e os de resistência, remonta-se à restrição do direito ao voto aos negros e às mulheres. Particularmente, a privação desses grupos de pessoas ao seu direito de sufrágio implica,

---

igualdade do indivíduo perante os tribunais, devendo o Estado se abster do tratamento desigual, para, após, requer que o Estado forneça o aparato para o julgamento igual e justo.

primeiramente, em uma norma antidemocrática baseada na discriminação de cor e de gênero, pelo Estado. A obrigação de abstenção estatal serve, de antemão, como a primeira barreira para que a conduta discriminatória não seja realizada pelo Estado. O Estado Democrático de Direito, inserido nas suas mais diversas formas por razões culturais, seria incompatível, de forma universal, com a exclusão de qualquer grupo social, seja ele diferenciado pela sua etnicidade, religião, ou por quaisquer outras questões minoritárias ou de assimetria de poder (MÜLLER, 2013, p. 48). A prestação negativa de não discriminação, ainda, põe em mesmo degrau a aplicabilidade da lei para todos, como é o caso dos direitos de participação.

Por evidente, o Estado poderia respeitar os direitos de resistência e, mesmo assim, não garantir aos cidadãos os direitos de participação política, tornando a hipótese inválida. Todavia, analisa-se os contextos atuais e a forma a partir da qual as democracias vêm sendo depreciadas. Como já mencionado anteriormente, a maioria das autoproclamadas democracias atuais realiza eleições periódicas e garante a universalidade do sufrágio. Os direitos de participação passam a ser utilizados por Estados como forma de legitimação de sua própria democracia, mesmo quando, de fato, se trata de uma aparente. Também não se busca fazer uma valoração ou apontar por uma hierarquização de direitos humanos. Busca-se apontar que a essência do processo democrático estaria sendo danificada pela ação estatal que limita as condições do indivíduo em agir de forma livre na sua atribuição como legislador, através do voto. Em palavras mais precisas, dever-se-ia observar se o Estado respeitaria as obrigações de *status negativo*, sejam elas derivadas dos pactos internacionais sobre direitos humanos ou das normas de direitos fundamentais, para que o regime democrático não limite as liberdades humanas e se torne em um Estado autoritário. As condições para o desenvolvimento do indivíduo não poderiam ser

restringidas, mas, ao contrário, devem ser desimpedidas, primeiramente, e estimuladas, posteriormente<sup>11</sup>.

De tal maneira, ter-se-ia como uma afronta à democracia a intervenção estatal que limite a liberdade de expressão, o direito de locomoção, o de livre pensamento, o de consciência, o de religião, o de reunião, dentre outros que podem ser impedidos ou limitados pelo Estado (ALEXY, 2015, p. 196).

Sobre os direitos fundamentais e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal Brasileira de 1988, o artigo 5º (BRASIL, 1988), de mesmo modo, apresenta um vasto catálogo de obrigações de status negativo similares. Ademais, de acordo com o § 2º, do mesmo artigo, determina-se que os direitos e garantias fundamentais expostos na constituição não excluiriam os demais previstos em tratados internacionais (SARLET, 2013, p. 780 e PIOVESAN, 1998, p. 96 e 97)<sup>12</sup>. A proteção do regime através da aplicação efetiva dos direitos humanos encontra respaldo na CF, quando, em seu artigo 1º, III, considera a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Em seu artigo 5º, inciso XLIV, apresenta como crime inafiançável e imprescritível a ação por grupos organizados contra a ordem constitucional do Estado Democrático (BRASIL, 1988).

Pode-se pensar, salvo melhor julgamento, que ordenamento jurídico interno incorporou a ideia de interdependência entre os direitos fundamentais e a democracia, e como se faz razão das próprias instituições do Estado defender possíveis afrontas à ordem democrática. Isso porque, sustenta-se, ao mesmo tempo que assegura os direitos de resistência na forma da inação, o Estado também deveria impedir, na forma da ação, que o próprio Estado

---

<sup>11</sup> Como já exemplificado em momento anterior, seriam aqueles direitos econômicos, sociais e culturais e dependeriam da capacidade particular de cada Estado para que sejam empregados.

<sup>12</sup> Relativamente aos posicionamentos trazidos pela Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou as regras de equiparação dos direitos humanos a emendas constitucionais mediante a inclusão do §3º, cf. SARLET (2013, p. 779 e ss).

Democrático seja administrado por quaisquer oligarquias de poder, permitindo e assegurando a participação política dos indivíduos (MÜLLER, 2013, p. 46 e 47).

Em relação ao direito internacional público, este já se propôs a defender formas de garantir a democracia. O caso mais notório, como se foi visto, seria através da implementação dos direitos humanos. Porém, é também o caso do direito garantido cidadão em portar armas e rebelar-se contra o Estado, caso este reprima direitos humanos básicos e quando comprovada a inexistência de meios pacíficos e democráticos que garantam o respeito a direitos humanos básicos (CASSESE, 2008, p. 433). O direito de resistência à tirania, ou de rebelião, tem respaldo na própria DUDH, quando direciona ao Estado a respeitar os direitos humanos para que “o homem não seja compelido, como um último recurso, à revolta contra a tirania e a opressão” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948 e CASSESE, 2008, p. 433 e 434, tradução nossa).

Essas situações descritas seriam verificadas com maior facilidade, tendo em vista que para que chegue a esta situação são necessárias violações sistemáticas de direitos humanos. Na forma mais sutil de decadências das democracias modernas, acredita-se que os direitos de resistência, corporificados na forma de obrigações negativas dirigidas aos Estados pelos instrumentos de direito internacional público ou pelas constituições democráticas, constituem-se na primeira barreira contra a ameaça à democracia, uma vez que representam as condições essenciais para a construção normativa da própria sociedade democrática livre.

## **Conclusões**

A forma gradual através da qual o direito internacional público buscou formalizar a ideia de interdependência entre a democracia e os direitos humanos pode ser relacionada com o aparecimento de novos desafios que se impõem às democracias modernas. Em decorrência da perquirição sobre a denominada

interdependência, verifica-se consenso, emanado através de instrumentos de direito internacional público, sobre a ideia de que se faz necessária uma ambiência democrática para a realização dos direitos humanos e vice-versa.

E não são poucos os pontos que podem suportar essa ideia. Como se viu, os direitos humanos fundam-se na inconformidade do indivíduo em se sujeitar a regimes absolutistas e tiranos. A mesma razão se faz presente nas democracias modernas, que se manifestam em suas mais variadas formas, mas possuem características universais. Aqui, uma ideia de imposição de valores culturais, apesar de se apresentar como crítica válida, não representa, salvo melhor juízo, um impeditivo para esta afirmação em particular.

Disso, as questões que envolvem a conceptualização da democracia ressurgem, para colocar o espectro do indivíduo e sua relação com a democracia em ordem. A deliberação da liberdade coletiva para a formação de um contrato social democrático enfrenta a problemática das democracias aparentes. Estas que se apoiam, por sua vez, exclusivamente nos direitos de participação para que haja uma autoafirmação da democracia. Contudo, viu-se que para que as democracias sejam consideradas plenas, há necessidade de respeito ao *dever ser* da democracia, o qual passa pela observação de níveis aceitáveis de aplicação de direitos fundamentais. De tal modo, fornecem as condições e capacitam os indivíduos ao exercício de uma liberdade coletiva: a participação dos indivíduos nas decisões públicas.

E nesse ponto jaz a diferença entre as democracias plenas e as aparentes, atualmente. Pois os direitos de participação não bastam, se antes não forem respeitados aspectos das liberdades humanas, protegidas pelos direitos de resistência. A garantia da liberdade de expressão, de opinião, de imprensa, da liberdade religiosa, o tratamento desigual de grupos sociais, a proibição da tortura, dentre outros, representam como fontes motivadoras eventos históricos de a opressão estatal. Hoje, as democracias morrem através de uma forma mais sutil de depreciação da democracia, visto que, por

decisões públicas antidemocráticas, tomadas através do exercício dos direitos de participação, podem ferir direitos humanos e, consequentemente, a democracia.

Seria através da averiguação do desrespeito aos direitos de resistência pelo Estado, por fornecerem um catálogo de obrigações negativas dirigidas ao Estado e que possuem como núcleo atividades estatais opressoras, que se verifica o primeiro sinal de depreciação sutil da democracia. O impedimento ao acesso à informação, a redução da liberdade de expressão, a limitação do direito de assembleia, dentre outros, se configuram em limitações das condições do indivíduo para atuar como um agente normativo livre. Em outras palavras, as limitações, restrições ou embaraços realizados pelo Estado contra o indivíduo envenenam a essência do processo democrático.

Como fora proposto e instigado pela ideia referenciada na introdução deste trabalho, acredita-se que possa se afirmar que os direitos de resistência possuem a característica de uma primeira barreira contra a ameaça à democracia, nos contextos atuais. A alternativa para o combate a essas possíveis ameaças antidemocráticas restaria, assim, no fortalecimento das condições, primeiramente, e capacidades, posteriormente, fornecidas pelo Estado na forma de direitos humanos, para que o indivíduo possa praticar a liberdade coletiva de forma plena.

## Referências

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BERNAYS, Edward L. Manipulating Public Opinion: The Why and the How. *American Journal of Sociology*. Vol. 33, Nº 6, 1928, pp. 958-971.

---

. **Propaganda**. New York: Horace Liveright, 1928.



---

\_\_\_\_\_. The Engineering of Consent. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. Vol. 250, Issue I, 1947, pp. 113-120.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10/01/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/Do592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do592.htm)>. Acesso em: 10/01/2019.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6ª ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Da Declaração Universal de Direitos Humanos: gênese, conteúdo normativo e alcance. In: *Os Direitos Humanos Desafiando o Século XXI*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. Atual. 6ª ed: Jussara Simões (A Era da Informação: economia, sociedade e cultura; vol. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international law. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Eds.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FOX, Gregory H. Democracy, Right to, International Protection. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*. 2008.

- FRANCK, Thomas M. The Emerging Right to Democratic Governance. *The American Journal of International Law*, vol. 86, nº 1, 1992, pp. 46-91.
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KOÇAK, Mustafa; ÖRÜCÜ, Esin. Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: case from Turkey and the European Court of Human Rights. *European Public Law*, Vol. 9, Issue 3, 2003, pp. 399-424.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. *Justiça Internacional: Lições – Parte I – Introdução*. Lisboa: AAFDL, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept. In: VON BOGDANDY, Armir; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: uma emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael; STRECK, Lenio. A definição de democracia em uma era de confusão democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-04/diario-classe-definicao-democracia-confusao-democratica>>. Acesso em: 10/01/2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Fifty-fifth session on Promoting and Consolidating Democracy*, A/RES/55/96, 2001. Disponível em: < [http://www.eods.eu/library/UNGA\\_Resolution%20Promoting%20Democracy\\_2001\\_en.pdf](http://www.eods.eu/library/UNGA_Resolution%20Promoting%20Democracy_2001_en.pdf)>. Acesso em: 01/11/2018.
- \_\_\_\_\_. Assembleia Geral. *Universal Declaration of Human Rights*. A/RES/3/217A, 1948. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a3r217a.htm>>. Acesso em: 10/01/2019.

\_\_\_\_\_. Comissão de Direitos Humanos. *Fifty-ninth session on Civil and Political Rights*, E/CN.4/2003/59, 2003. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/Go3/105/74/PDF/Go310574.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 01/11/2018.

\_\_\_\_\_. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*. A/CONF.157/23, 1993. Disponível em: <[http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/gene\\_ralassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.157\\_24.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/gene_ralassembly/docs/globalcompact/A_CONF.157_24.pdf)>. Acesso em: 01/11/2018.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998. pp. 133-151.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2013.

RICH, Roland. Bringing democracy into international law. *Journal of Democracy*, vol 12, nº 3. 2001, pp. 20-34.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: VON BOGDANDY, Armir; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: uma emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SEN, Amartya. Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 32, No. 4, 2004. pp. 315-356.

\_\_\_\_\_. *The Idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. ¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional? In: VON BOGDANDY, Armir; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: uma emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VINCE, Fernando Navarro; FACHIN, Zulmar. A interdependência dos direitos fundamentais, democracia e paz: uma reflexão contemporânea. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 3, nº 1, 2017.



## **Discurso de ódio: o critério decisório norte-americano e sua aplicabilidade no Brasil**

*Marcelo Garcia da Cunha*<sup>1</sup>

### **Introdução**

a liberdade de expressão constitui direito nuclear no âmbito do Estado Democrático, visto que permite ao cidadão expor suas ideias e opiniões e, com isso, atuar de modo transformador no contexto social.

O exercício dessa liberdade, em alguns casos, tem desafiado o operador jurídico a equacionar as tensões jurídico-sociais decorrentes da expressão de ódio.

Na atividade de solução dessas questões, é importante o estabelecimento de critério que tenha aptidão para evitar, na medida do possível, divergência decisória entre os órgãos jurisdicionais acerca dos pressupostos fáticos e jurídicos que configuram o discurso de ódio.

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui inigualável experiência no trato da matéria, impelida pelos conflitos étnico-raciais que vêm se sucedendo no curso da história norte-americana.

À vista disso, o problema que se propõe aqui diz respeito à análise acerca da possibilidade, ou não, de aplicação da regra

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6886335230353782>;  
E-mail: marcelogdacunha@hotmail.com.

decisória acolhida pela Corte estadunidense na resolução dos litígios que emergem da prática do discurso de ódio na realidade brasileira.

Cumprе, nessa abordagem, verificar se a regra norte-americana mantém sintonia com a cultura política do Estado brasileiro e, acima de tudo, com sua normatização constitucional.

O estudo tem por objetivo geral a aferição a respeito da admissibilidade da regra de decisão aplicada pela Corte Suprema dos Estados Unidos na solução dos casos que envolvem discurso de ódio no Brasil.

Como premissas para se alcançar tal finalidade, objetiva-se especificamente identificar o critério decisório acolhido por aquela Corte, bem como apontar os pressupostos sociais que sustentam o acolhimento desse critério e avaliar sua adequação à realidade brasileira.

O texto aborda, inicialmente, as características elementares e os efeitos do discurso de ódio no convívio social. Na sequência, é feita uma análise da jurisprudência da Corte Suprema estadunidense acerca da problemática proposta. Nesse sentido, segue-se a metodologia indutiva, visto que se busca extrair de dados específicos, notadamente casos concretos decididos pelo referido órgão jurisdicional, uma regra geral consubstanciada no critério decisório aplicado em casos envolvendo discurso de ódio. Ao final, verifica-se a adequação desse critério ao padrão normativo brasileiro, como forma de avaliar a possibilidade de sua aplicação aos casos que aqui ocorrem.

## **1 Discurso de ódio: caracterização e efeitos**

Numa escola feminina administrada por duas professoras, localizada numa pequena comunidade de hábitos tradicionais, uma das alunas, em ato vingativo e dissimulado, adulterando a realidade dos fatos para sua avó, diz a ela que as professoras mantêm um relacionamento homoafetivo. A afirmação, disseminada

destemperadamente pela cidade, leva à retirada de todas as crianças da escola por seus respectivos pais.

A temática abordada no filme *Infância*, realizado em 1961, coloca em questão o quanto uma afirmação propalada como regra moral, incitando a aversão e a repugnância a certos indivíduos, pode se tornar uma verdade com efeitos nocivos ao convívio social.

Para redigir sua obra sobre a tolerância, Voltaire (2017) teve em consideração o suplício infligido a Jean Calas, por ordem da justiça francesa, sob a imputação de ter assassinado seu próprio filho, Marc-Antoine. Ao tomar conhecimento do fato, o povo se reuniu diante da casa de Calas, que era protestante, pronto para incriminá-lo. Após o primeiro grito de que havia enforcado o filho, outros se seguiram no mesmo sentido até essa acusação se tornar uníssona entre a multidão. Somente tardiamente a injustiça foi reconhecida.

John Stuart Mill (2017, p. 86), ao escrever uma das obras sagradas do liberalismo, apregoava a complacência como ideia elementar para a vida em sociedade. Para ele, a humanidade tem mais a ganhar com a mútua tolerância para que cada um viva de acordo com o que lhe parece melhor para si mesmo do que impondo a cada um que viva como parece melhor a todos os outros.

Mill (2017, p. 82) partia de um pressuposto, que ele mesmo considerava muito simples, no desenvolvimento de seu pensamento, qual seja, a única justificativa para qualquer interferência na liberdade individual seria aquela destinada a evitar danos a terceiros. “Sobre si mesmo”, sentenciava o autor britânico, “seu próprio corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”.

O equacionamento entre a tolerância e a liberdade talvez seja um dos grandes desafios que se impõem ao homem desde seus primeiros passos destinados à civilização às margens do Mediterrâneo. E o discurso de ódio<sup>2</sup>, fundado na retórica da

---

<sup>2</sup> Aristóteles (2007, p. 63.), originalmente, apontava os três elementos da atividade discursiva: emissor, objeto e destinatário. Tais elementos se fazem presentes no discurso de ódio.



intolerância, pela sua gravidade deontológica, rompe qualquer possibilidade de se promover uma composição dessa problemática.

Na psicologia, reconhece-se o ódio como algo inerente à condição humana. Como o homem é integrado por suas virtudes e também por seus defeitos, o ódio encontra-se arraigado em seu íntimo, sendo impossível eliminá-lo. Enquanto situado no âmbito meramente reflexivo do indivíduo, nada há o que se possa fazer, mas apenas quando o ódio se exterioriza é que passa a ser problematizado social e juridicamente.

Para Rossatto e Guardì (2017, p. 11), o sujeito reivindica o seu direito de saciar seus desejos, estimulado pela incitação generalizada ao consumo desmedido. Preso a suas limitações materiais e destituído de valores absolutos, o indivíduo move-se em direção a aquilo que odeia, causa de suas frustrações. Impelido por seu ódio, esforça-se para destruir a fonte de sua repulsa.

Nesse sentido, a Recomendação Geral n. 15, relativa à luta contra o discurso de ódio e *memorandum* explicativo, adotada em 08 de dezembro de 2015, da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, considera que o termo ódio está relacionado a emoções intensas e irracionais de desprezo, inimizade e aversão.

A Recomendação entende por discurso de ódio o uso de uma ou mais formas de expressão, baseadas em características pessoais que incluem raça, cor, idioma, religião ou crenças, nacionalidade ou origem nacional ou étnica, ascendência, idade, incapacidade, sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

A Comissão Europeia, pela Recomendação Geral, adverte que o discurso de ódio pode revelar-se de formas muito diversificadas, exteriorizando-se mediante verbalização ou meio escrito, além de qualquer outra forma como pintura, sinais, símbolos, música, obras de teatro e vídeos.

O ódio também pode expressar-se através de gesticulação, opinião e pelos diversos veículos de comunicação, além de se concretizar por linguagem codificada.

A respeito dessa última forma de manifestação de ódio, convém lembrar que na Europa neonazistas e nacionalistas agressivos apregoam que há gente que não trabalha e vive de subsídios estatais, ao passo que nos Estados Unidos conservadores que se intitulam patrióticos atribuem aos hispano-americanos os males da sociedade estadunidense, assim como no Brasil muitos indivíduos defendem a ideia de que os cidadãos de baixa renda que recebem ajuda financeira do Estado são pessoas que não querem trabalhar.

Subjacente a essa retórica discursiva está a ideia de que há sujeitos inferiores comparativamente a outros, integrantes da parcela ruim da sociedade e que por esse motivo devem ser banidos do convívio social.

Até mesmo o silêncio pode ser discriminatório.

A depender das circunstâncias, a desconsideração ou a negação da presença do outro constitui forma igualmente perniciosa de atingir o mesmo efeito que seria produzido por qualquer outro meio ativo de expressão.

Conforme realçam Silva e Favera (2017, p. 286), a lógica maniqueísta do bom (emissor do discurso) contra o mau (características e ideias do opositor) move a retórica de ódio, incitando a audiência a aniquilar aqueles que representam um perigo a princípios e valores considerados superiores ou absolutos.

Desde 1965, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Assembleia Geral das Nações Unidas, conclama a comunidade global a condenar a promoção de ideias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de indivíduos de determinada cor ou origem étnica, capazes de gerar sentimentos de ódio e de discriminação.

O ódio ocasiona danos no íntimo dos homens e nos espaços públicos, notadamente produz efeitos na esfera subjetiva das pessoas as quais é direcionado e de uma forma contextualizada e objetiva atinge a higidez da sociedade.

Como constitui uma violência, o discurso de ódio é capaz de lesionar a integridade psicofísica do indivíduo ou mesmo do grupo social visado. As qualidades personalísticas descritas no discurso de ódio (raça, etnia, nacionalidade, gênero, orientação sexual, crença, etc.) permitem a auto-identificação dos destinatários. A ofensa percebida atinge a dignidade e o senso de pertencimento e aceitabilidade pessoal no cenário social, podendo causar efeitos devastadores no estado anímico do indivíduo.

Em um amplo estudo acerca dos efeitos psicológicos dos crimes de ódio, Inta Dzelme (2008, p. 11) refere que, ao atacar a identidade do indivíduo, essa espécie de violência causa danos emocionais e psíquicos, como sentimento de medo, sensação de vulnerabilidade social, raiva, depressão, dificuldades cognitivas e de relacionamento interpessoal e mesmo, em casos mais graves, pensamentos suicidas, além de efeitos de caráter psicossomático, como aceleração ou desaceleração cardíaca, distúrbios gástricos, modificações nas atividades glandulares, tremores, náuseas.

Para Dzelme (2008, p. 12), o delito de ódio implica uma grave violação do princípio da equidade, inerente ao Estado Democrático Constitucional, porque atinge a essência da pessoa, a sua alma, mais especificamente quem ela é.

Nesse estado de fragilização, a vítima experimenta uma sensação de injustiça e de descrédito em relação a instituições estruturantes da sociedade, como a lei e o sistema de proteção judicial, percebidos como ineficazes e inoperantes frente à agressão sofrida, podendo inclusive segregar-se e afastar-se dos valores fundantes da sociedade em que vive.

Dzelme (2008, p. 14) relata, ainda, que o ódio, além da vítima visada, produz vítimas secundárias, integrantes de sua família, círculo de amigos e outras pessoas associadas ao grupo social que a vítima se identifica.

Não apenas o impacto subjetivo do discurso de ódio interessa ao direito, mas igualmente seus efeitos danosos à coesão social.

A retórica da intolerância implica uma ideia de exclusão por parte daqueles a quem ela é direcionada. Esse sentimento gerado pelo ódio produz fragmentação na sociedade, pois, assim como sucede no âmbito das individualidades afetadas, leva ao sentimento de rejeição dos estratos sociais atingidos.

O mais grave, contudo, sob esse ponto de vista da problemática do discurso de ódio, é o incitamento de outras pessoas a cometerem ações de violência, intimidação, hostilidade e discriminação contra aqueles a quem é dirigido. Ainda que esses atos não sejam levados a efeito de imediato, a ênfase discursiva na intolerância poderá produzir esse resultado em um futuro próximo, rompendo os alicerces da convivência social.

Nesse sentido, Dzelmé (2008, p. 14) assinala que a agressão pode gerar uma reação equivalente, dando margem a um contexto de retaliação entre grupos.

Do exame *in concreto* dos casos envolvendo discurso de ódio frequentemente emerge a contraposição entre o direito à liberdade de expressão e o direito à integridade moral. A forma como vem sendo equacionada essa questão pela Corte Suprema norte-americana será objeto de abordagem na sequência deste texto.

## **2 A regra decisória aplicada pela Corte Suprema dos Estados Unidos**

John Stuart Mill (2017, p. 193) enfatizava a máxima do liberalismo quando afirmava que o indivíduo não necessita prestar contas à sociedade por suas ações caso não digam respeito a ninguém além dele mesmo. Para o filósofo e economista britânico, a felicidade do homem está diretamente relacionada com a extensão de sua liberdade. No convívio social, ninguém está autorizado a dizer a outro indivíduo o que ele deve fazer ou não fazer com sua vida (MILL, 2017, p. 169).

A ideia de liberdade é considerada inalienável ao estilo de vida norte-americano, a ponto de Philip Jenkins (2012, p. 91) apregoar

que, nos Estados Unidos, a liberdade é um hábito, em que pese, no curso de sua história, tal liberdade tenha sido alcançada tardiamente a mulheres, antes relegadas do processo político, pois destituídas do direito de voto, e aos negros, submetidos inicialmente à escravidão e depois à segregação chancelada e institucionalizada pela doutrina “*equal, but separate*”, derivada do caso *Plessy* (ESTADOS UNIDOS, 1896), no final do século XIX, somente superada décadas depois com a decisão proferida pela Corte Suprema no caso *Brown* (ESTADOS UNIDOS, 1954).

A *rule of law*, no sistema jurídico estadunidense, projeta-se como fator vinculante na dinâmica entre o poder estatal e o direito, de maneira a proteger a liberdade individual. A lei existe para tutelar direitos e liberdades da cidadania, em substância e processualmente (URABE, 1990, p. 61).

A Primeira Emenda à Constituição dispõe que o Congresso estadunidense não poderá legislar restringindo a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa. A Quinta Emenda assegura que nenhum indivíduo será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, garantias essas reproduzidas pela Seção 1 da Décima Quarta Emenda. A despeito da similaridade de disposições, entende-se que a Quinta Emenda, que integrou a Carta de Direitos de 1789, é direcionada às autoridades federais, ao passo que a Décima Quarta Emenda, proposta em 1866, é aplicável aos governantes dos estados federados (WOOLHANDLER, 2016, p. 816).

A garantia do devido processo legal compõe o núcleo fundamental da liberdade do cidadão. A Corte Suprema, que no âmbito do *common law* norte-americano possui apreciável aptidão para modular a vida cotidiana, já delineava as bases dessa garantia na primeira metade do século XIX, no caso *Wilkinson* (ESTADOS UNIDOS, 1829), ao declarar a intangibilidade do direito à liberdade pessoal sem um justo julgamento que seja antecedido da adequada cientificação do interessado acerca do processo e da possibilidade do exercício do direito de defesa.

Foi no caso *Murray's Lessee* (ESTADOS UNIDOS, 1856) que a Corte debateu de modo mais amplo o devido processo.

Para *justice* Curtis, que conduziu a decisão da Corte, o conteúdo do devido processo, embora não esteja explicitado na Constituição, implica limites aos poderes do Estado, que não pode interferir arbitrariamente nas liberdades do cidadão, princípio esse reafirmado em sucessivas decisões daquele Tribunal, conforme se constata, ilustrativamente, em *Mathews v. Eldridge* (ESTADOS UNIDOS, 1976) e *Daniels v. Williams* (ESTADOS UNIDOS, 1986).

Uma das decisões mais emblemáticas da Corte norte-americana envolvendo o direito à liberdade de expressão foi resultante do caso *Abrams v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 1919).

Um grupo de indivíduos foi acusado de conspiração contra o governo dos Estados Unidos. Eles se intitulavam revolucionários, anarquistas e socialistas e publicizaram suas ideias através de textos impressos em folhetos distribuídos nas ruas da cidade de Nova York. Eles apelavam aos trabalhadores em geral a se rebelarem contra o governo, que consideravam hipócrita em relação aos interesses da classe trabalhadora.

Com base nos fundamentos do juiz Clarke, a Corte entendeu que havia evidências concretas dos atos de incitação imputados aos demandantes.

Dissentindo da posição majoritária, *justice* Holmes defendeu que o melhor teste da verdade (o bem desejado socialmente) se dá quando o pensamento exteriorizado obtém aceitação no livre mercado de ideias.

Nesse contexto argumentativo, fiel ao liberalismo norte-americano, Holmes assinalou que a punição ao discurso somente é possível naqueles casos em que produz ou é direcionado a produzir um claro e iminente perigo de dano, hipótese que não teria sido constatada no caso concreto, de modo que, para ele, houve cerceamento ao direito de liberdade de expressão assegurado constitucionalmente.

A Corte já havia decidido sob o mesmo critério, alguns meses antes, no caso *Schenck* (ESTADOS UNIDOS, 1919), quando ficou assentado que o envio de correspondência tendente a obstruir o recrutamento militar não se encontra ao abrigo do direito à liberdade de expressão, principalmente se considerada a circunstância de, à época, os Estados Unidos se encontrarem em guerra contra o Império Alemão.

O teste do claro e iminente perigo de dano, para fins de aferição da nocividade da expressão, foi aplicado em *Cantwell v. Connecticut* (ESTADOS UNIDOS, 1940).

Newton Cantwell e seus dois filhos, integrantes do grupo religioso Testemunhas de Jeová, foram detidos na cidade de *New Haven*. Na ocasião, solicitavam contribuição financeira aos residentes de uma rua local para sua congregação religiosa e estavam de posse de um fonógrafo, que reproduzia uma gravação com ofensas dirigidas aos católicos.

A Corte Suprema afirmou que, em que pese o caráter absoluto da liberdade de crença, o mesmo não se pode dizer da liberdade de ação, na qual se incluem as formas de expressão. As manifestações nos locais públicos devem ser reguladas (quanto ao tempo, ao lugar e à maneira de se realizarem) quando isso for necessário para a proteção da sociedade, notadamente quando possam ocasionar violação da paz e da ordem social.

À vista dessas premissas, a Corte decidiu que a manifestação de Cantwell e seus filhos não representou um claro e presente perigo de dano a um substancial interesse público.

A aplicação do teste do claro e presente perigo de dano sinaliza que somente sob condições circunstanciais muito específicas haverá ingerência do Estado norte-americano em atos discursivos dos seus cidadãos.

A vitalidade do sistema político adotado nos Estados Unidos revela-se diretamente relacionada com o livre mercado à diversidade de ideias e de opiniões. Richard Posner (1986, p. 26) enfatiza a importância do tempo nesse processo, tendo em vista que

a verdade das ideias, não verificáveis por métodos científicos ou lógicos, é definida somente em um contexto de livre escolha dos cidadãos, numa dinâmica que se prolonga através dos tempos. A verdade de muitas ideias, assim como a beleza da maioria das obras de arte, não pode ser declarada por processo forense, mas, sim, deixada ao veredicto do tempo.

O debate e a disputa retórica, nesse ambiente de ampla liberdade, em que o poder da autoridade deve manter-se à distância, frequentemente mostram-se provocativos e desafiadores e, embora possam causar contrariedade e insatisfação (e mesmo ofensa, como sucede com o discurso de ódio) a alguns, devem ser tolerados por todos.

Tal como assinalado em *Terminiello v. Chicago* (ESTADOS UNIDOS, 1949), no âmbito do qual foi aplicado o critério do claro e presente perigo de dano, a imposição de medidas restritivas nessa seara poderia levar à estandarização de ideias, com prejuízos políticos e sociais, atingindo uma das distinções nucleares da sociedade estadunidense em relação aos regimes totalitários.

A inadmissibilidade de barreiras ao mercado de ideias na sociedade norte-americana, ainda que tais ideias venham a contestar o próprio modelo capitalista, foi objeto de expressa deliberação da Corte Suprema no caso *Lamont* (ESTADOS UNIDOS, 1965).

Na ocasião, discutiu-se uma lei federal de 1962, que autorizava a detenção, pelo agente do serviço postal, de correspondência contendo propaganda política comunista enviada do exterior a pessoa residente nos Estados Unidos. Uma vez identificado *mailing* com tal conteúdo, o destinatário deveria ser notificado para manifestar seu interesse em receber a carta no prazo de vinte dias. Não havendo sua manifestação, considerava-se que não desejava receber a correspondência, nem algo similar a ela no futuro.

A referida lei foi considerada inconstitucional, por violar direitos dos destinatários das correspondências, amparados na Primeira Emenda. Conforme *Justice Brennan*, a disseminação de



ideias pode se tornar inútil ao ambiente democrático se os seus destinatários não têm liberdade de recebê-las e considerá-las. O mercado de ideias restaria anulado se tivesse apenas vendedores e nenhum comprador.

Percebe-se que a jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos tolera o discurso de ódio, exceto se retratar um evidente e presente perigo de dano.

A liberdade de expressão estadunidense, algo definitivo no seu direito constitucional (FISS, 1986, p. 1405), admite até mesmo a existência de grupos extremistas cujos membros defendem atos de violência em prol da supremacia racial e étnica. A defesa abstrata do uso da força, sem implicar risco de danos substanciais, não passa pelo critério decisório amplamente aplicado pela Corte Suprema, tal como restou decidido no paradigmático caso *Brandenburg v. Ohio* (ESTADOS UNIDOS, 1969), que envolvia um líder da *Ku Klux Klan*, que havia sido condenado em instâncias inferiores por apregoar, a integrantes do grupo, métodos violentos para a implementação de reformas sociais, como a deportação de negros para a África e de judeus para Israel.

Para o Tribunal, a opinião expressada pode ser considerada ofensiva ou desagradável pela sociedade, ou mesmo por algum indivíduo especificamente, mas isso, por si só, não é suficiente para justificar uma ingerência na garantia assegurada ao indivíduo de manifestar-se livremente no mercado de ideias, admitindo-se, ressalvadas situações de exceção<sup>3</sup>, em que se constata um claro e presente perigo de dano, até mesmo o discurso de ódio.

Apreendida a regra decisória estadunidense em situações que abarcam discurso de ódio, assim como seu suporte socialmente estruturante, cumpre, agora, analisar sua aplicabilidade no Brasil.

---

<sup>3</sup> A maioria esmagadora dos que defendem a liberdade de expressão não daria razão a um sujeito que falsamente gritasse “Fogo!” em um teatro lotado, tal como assinalado em *Schenck* (ESTADOS UNIDOS, 1919).

## **2 Análise da adequação da regra decisória norte-americana à ordem jurídica brasileira**

A Constituição Federal contém dispositivos que conferem ao Estado brasileiro uma matriz diversa do liberalismo que tipifica a sociedade norte-americana.

Inadmitidas políticas intervencionistas, a liberdade do cidadão, capitulada na Primeira, Quinta e Décima Quarta Emendas, encontra máxima hierarquização constitucional nos Estados Unidos, o que confere ao indivíduo uma certa primazia sobre a coletividade.

Aqui, por outro lado, o modelo de Estado Social, pautado na maior presença estatal para implementação das ações prestacionais impostas pela Constituição, implica, nas situações de litígio, uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado do indivíduo.

Limitando manifestações de ódio em face da higidez do convívio social, a Constituição, já no seu Preâmbulo, dispõe que o Estado brasileiro está fundado em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Princípio estruturante do Estado Democrático (SARLET, 2012, p. 98), a dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º, inciso III, e desse princípio ressalta a prevalência dos direitos de personalidade sobre o direito do indivíduo de expressar o que bem entende.

Já o art. 3º, nos seus incisos I e IV, diz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária e destituída de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A gravidade de atos discriminatórios inclusive é realçada no art. 5º, inciso XLIII, que estabelece o crime de racismo como inafiançável e imprescritível.

A Constituição Federal assegura, ainda, a existência digna de todos indistintamente, observados os ditames da justiça social, conforme prescrevem seus arts. 170 e 193.

A ascendência do coletivo sobre o individual é inclusive norma principiológica nas relações do Poder Público, nas quais, guardadas as situações especiais, há preponderância do interesse público.

Diversamente do que sucede nos Estados Unidos, onde é permitida a existência de grupos extremistas que abertamente defendem e disseminam ódio racial e étnico, sob o argumento de que a restrição ou a supressão do direito de expressão de tais grupos não se coaduna com o princípio do livre mercado de ideias, a ordem jurídica brasileira, à vista de sua normatização constitucional, impede a expressão de ideias e opiniões que ofendem a dignidade de indivíduos ou grupos sociais.

A liberdade que o cidadão possui para manifestar seu pensamento não significa uma permissibilidade à violação da integridade moral do outro.

O respeito à alteridade, que se consolida no âmbito de uma sociedade justa e solidária, objetivo pautado constitucionalmente, afastando a imposição desmedida do mercado de ideias, serve como delimitador da exteriorização de juízos e concepções que habitam o íntimo de certos indivíduos.

Embora a liberdade de pensamento seja absoluta e inalienável, porque integrante da consciência interna de cada indivíduo, algo inatingível à ingerência do Estado, o mesmo não se pode dizer da liberdade de expressão de pensamento, visto que esta se concretiza através de atos e condutas, que, pela sua materialidade, são passíveis de controle normativo.

A garantia assegurada na Constituição Federal (art. 5º, inciso IX) pode ser flexibilizada quando a expressão retratar violação a outros valores de maior hierarquia, igualmente tutelados constitucionalmente.

Foi nesses termos a decisão do Supremo Tribunal Federal no paradigmático caso *Ellwanger* (BRASIL, 2003), que envolveu publicação de livros com ideias antissemitas, resgatando concepções do regime nazista. Para o Tribunal, que denegou a ordem postulada pelo paciente, tal prática é inconciliável com os padrões éticos e

morais definidos na Constituição, sobre os quais se ergue o Estado Democrático.

A discriminação e o preconceito segregacionista, segundo restou definido, atentam contra a respeitabilidade e a dignidade do ser humano, inviabilizando sua pacífica convivência no meio social. Conforme decidido, a liberdade conferida ao indivíduo não é incondicional, porquanto deve ser exercida de modo harmônico com os limites fixados na Constituição.

No mesmo sentido decidiu a Corte em pedido de *habeas corpus* (BRASIL, 2013) no qual foi sustentada a inconstitucionalidade da pena prevista para o crime de injúria qualificada, amparada em elementos discriminatórios, conforme art. 140, §3º, do Código Penal. Tal como julgado, a necessidade de assegurar a prevalência da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas sobre a liberdade de expressão impõe a coibição de qualquer manifestação discriminatória que viole valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial.

Em outra oportunidade (BRASIL, 2016), o Supremo Tribunal Federal, em que pese não analisando caso específico de discurso de ódio, decidiu que, no âmbito do Estado Constitucional brasileiro, as liberdades públicas devem ser exercidas de modo mutuamente harmônico. A liberdade do indivíduo, para a Corte, considerados seus limites, não pode ser exercida em prejuízo à liberdade alheia.

À vista de tais considerações, bem entendida sua maior tolerância ao discurso de ódio, é difícil conceber a adequação da regra decisória estadunidense à ordem jurídica nacional, que não confere a mesma elasticidade permissiva a essa forma de expressão.

## **Conclusão**

O direito à liberdade de expressão inegavelmente constitui um dos pilares da cidadania no Estado Democrático, porque permite o chamado fluxo de ideias.

A exteriorização da opinião é uma das formas pelas quais o indivíduo firma e afirma sua personalidade no meio onde vive. A liberdade de opinião, paradoxalmente, deve ser resguardada até mesmo àqueles que atacam o próprio sistema democrático.

O exercício desse direito, quando dotado de elementos retóricos estigmatizantes da alteridade, produzindo, com isso, ódio e execração de indivíduos e coletividades, tem, contudo, gerado situações conflitivas que desafiam a capacidade de coesão social.

O estudo de casos julgados pela Corte Suprema estadunidense permite concluir que manifestações de ódio, se não configurarem um risco substancial, encontram amparo inclusive em nível constitucional.

Na definição da regra decisória, prestigia-se o chamado mercado de ideias, no âmbito do qual o indivíduo, sociologicamente considerado, tem um protagonismo acentuado, ainda que suas ideias apresentem conotação discriminatória.

Tal regra admite limites estreitos à intervenção no direito à liberdade de expressão, o que significa limites ampliados de tolerância ao discurso de ódio, causa reiterada de tensões sociais no país da América do Norte.

O critério norte-americano, que tem como pressuposto um individualismo exacerbado, não se harmoniza com a ordem jurídica brasileira.

O pluralismo, no âmbito do Estado Constitucional brasileiro e como referencial sociológico, implica necessariamente o respeito à alteridade. A diversidade somente se sustenta quando há a aceitação do outro, na sua condição personalíssima e/ou como integrante de certa coletividade, independentemente de qualquer traço étnico, de gênero, de origem, etário, estético e social que module sua dignidade.

Nesse contexto, a liberdade do indivíduo de expor suas ideias e opiniões encontra limite no interesse da coletividade em manter hígidos o convívio social e a dignidade do outro. Admite-se, assim,

maior margem à intervenção na liberdade de expressão e, em contrapartida, menor tolerância a manifestações discriminatórias.

## Referências

ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

BRASIL. STF, *Habeas Corpus 82.424-2/RS*, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 17.09.2003.

\_\_\_\_\_. STF, *Habeas Corpus 109.676/RJ*, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 11.06.2013.

\_\_\_\_\_. STF, *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA*, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, julgado em 29.11.2016.

DZELME, Inta. *Psychological effects of hate crime - Individual experience and impact on community (Attacking who I am)*. Latvian Centre for Human Rights, 2008.

ESTADOS UNIDOS. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

\_\_\_\_\_. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

\_\_\_\_\_. *Wilkinson v. Leland*, 27 U.S. 627 (1829).

\_\_\_\_\_. *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 U.S. 272 (1856).

\_\_\_\_\_. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, (1976).

\_\_\_\_\_. *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327 (1986).

\_\_\_\_\_. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

\_\_\_\_\_. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

\_\_\_\_\_. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

\_\_\_\_\_. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

\_\_\_\_\_. *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965).

\_\_\_\_\_. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

FISS, Owen M. *Free speech and social structure*. Iowa Law Review, v. 71, 1986, p. 1405-1425.

JENKINS, Philip. *Uma história dos Estados Unidos da América*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2012.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres*. São Paulo: Pinguim Clássicos Companhia das Letras, 2017.

POSNER, Richard A. *Free speech in an economic perspective*. Suffolk University Law Review, v. 20, n. 1, 1986, p. 1-54.

ROSSATTO, Rosana e GUARDI, Elbio Nelson Cardoso. *A ontogênese do ódio*. Diaphora - Revista da Sociedade de Psicologia do Rio Grande do Sul, v. 17, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Rosane Leal da e FAVERA, Rafaela Bolson Dalla. *Estudo do caso Klayman v. Zuckerberg and Facebook: da liberdade de expressão ao discurso do ódio*. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, mai.-ago. 2017.

URABE, Noriho. *Rule of law and due process: a comparative view of the United States and Japan*. Law and Contemporary Problems, v. 53, n. 1, 1990, p. 61-72.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)*. Porto Alegre: L&PM, 2017.

WOOLHANDLER, Ann. *Procedural due process liberty interests*. Hastings Constitutional Law Quarterly, v. 43, issue 4, summer 2016, p. 811-860.

## **O Supremo Tribunal Federal aberto ao diálogo: o constitucionalismo popular mediado e a deliberação entre os poderes**

*Ítalo César Ribeiro de Lima*<sup>1</sup>  
*Amanda Costa Thomé Travincas*<sup>2</sup>

### **Introdução**

A separação dos poderes é uma das características mais peculiares das democracias modernas. Contudo, a história nos revela que, embora a teleologia da separação dos poderes seja a harmonia por meio da atividade típica de cada um, as tensões sempre existiram, sendo um dos pontos centrais de tal estado o problema da legitimidade decisória a respeito de questões centrais, tais como as atinentes aos direitos fundamentais.

Em especial, as cortes constitucionais, a despeito do seu objetivo de resguardar a supremacia das constituições, enfrentam, reiteradamente, questionamentos quanto à legitimidade ao tomarem determinadas decisões que necessitariam de um respaldo democrático. Assim, vale lembrar apenas a título de exemplo que, em 1786, nos Anais da constituinte americana, registrou-se o debate entre congressistas acerca da função da Suprema Corte Americana para pronunciar nulidades de leis aprovadas pelo Congresso Nacional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Graduando em Direito (UNDB/São Luís – MA).

<sup>2</sup>Doutora em Direito (PUCRS). Professora de Direito Constitucional. Orientadora.

<sup>3</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism, Michigan Law Review, v. 101, 2003, p. 38.



No Brasil as tensões ainda perduram e acentuaram-se mais ainda nos últimos anos. O Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre determinadas matérias fez com que reações surgissem, nos outros poderes e da sociedade. Esse ponto revela a necessidade de reflexão sobre a legitimidade da Corte Constitucional brasileira no âmbito do controle de constitucionalidade e os desafios de seu papel em uma democracia cada vez mais desafiadora.

Em oferta de soluções para um desenho adequado da relação entre os poderes no tangente ao controle de constitucionalidade, várias correntes são apresentadas, distinguindo-se, em especial, no que diz respeito a maior ou menor conferência de legitimidade aos tribunais para que decidam sobre direitos fundamentais. Elas desenvolvem uma das seguintes posições: um papel silencioso, deixando que os poderes políticos deliberem sobre questões verdadeiramente democráticas ou uma atuação ativa em defesa dos direitos fundamentais, principalmente com o fundamento de que “direitos fundamentais são trunfos contra maioria”<sup>4</sup> e, finalmente, como terceira via, uma atuação mais equilibrada da Corte, então concebida como fomentadora de um debate constitucional com os outros poderes e a sociedade civil.

Relativamente ao contexto brasileiro, cabe questionar: qual teoria é mais adequada para estabilizar uma relação entre Supremo Tribunal Federal, os demais poderes públicos e o povo na defesa de direitos fundamentais?

O primordial deste estudo é avaliar a pertinência do constitucionalismo popular mediado, entre as teorias que ofertam uma solução relacional entre os poderes constituídos e o povo, no âmbito do controle de constitucionalidade, e sua especial funcionalidade para a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Para isso, em primeiro lugar, são analisadas distintas vertentes das chamadas teorias dos diálogos institucionais. A seguir,

---

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais a justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.244.

observa-se, no plano teórico, o cabimento da adoção, entre elas, da teoria do constitucionalismo popular mediado, tendo na figura no *amicus curiae* importante elemento de concretização na conjuntura do controle de constitucionalidade brasileiro. Por fim, valendo-se da jurisprudência da Corte, nota-se os acertos e eventuais descaminhos da relação entre poderes constituídos e povo como elemento de confecção de legitimidade democrática no âmbito daquele tribunal.

O método utilizado é, no plano da abordagem, especialmente dedutivo. Parte-se da avaliação geral da teoria dos diálogos institucionais para, a seguir, ater-se à teoria do constitucionalismo popular mediado. Ainda no processo de afunilamento temático, o trabalho culmina na avaliação da aplicação do constitucionalismo popular mediado no Brasil.

No que é pertinente às técnicas de pesquisa, o estudo é, em essência, bibliográfico, com ênfase à obra de Barry Friedman, em que são buscadas as premissas do marco teórico, e de coleta de dados diretos de cunho jurisprudencial.

## **1 Diálogos institucionais: entre suas faces e democráticas.**

As teorias dos diálogos institucionais visam entender a forma como ocorrem às relações entre os poderes, suas funções e as extensões de suas atuações. Diversos pontos levantados visam combater a mítica noção de total separação dos poderes, assim, dando primazia a cooperação entre os Poderes, inclusive na interpretação do direito constitucional. As constituições são marcadas pela flexibilidade de seu texto, motivo que leva a inúmeros questionamentos: qual Poder possui maior legitimidade para interpretação do direito constitucional? O povo está no processo de interpretação constitucional? A Corte é independente em sua interpretação? Diversos autores se debruçam sobre o tema na tentativa de desvendar alternativas.

O poder constituinte originário é o marco para criação de uma nova ordem constitucional, os teóricos tradicionais defendem que o

direito se separa da política, cabendo ao primeiro defender o Estado de Direito e os limites de cada poder. A política guarda a essência da democracia por meio da representatividade. Dessa forma, estar-se diante de uma posição contramajoritária – quando uma lei promulgada pelo poder legislativo (detentor da representatividade) é declarada inconstitucional pelo poder judiciário (“guardião da constituição”), revelando uma tensão entre os Poderes. De modo contrário o direito e a política não estão totalmente separados, sendo a democracia e a representatividade exercidas por todos os Poderes.

Nos estudos referentes aos diálogos institucionais às teorias podem ser divididas em virtudes ativas, passivas e teorias de equilíbrio<sup>5</sup>. As virtudes ativas defendem a atuação da Corte Constitucional como promotora do diálogo, com atitudes prudentes. As virtudes passivas fomentam uma atuação mais contida do Tribunal, destacando a importância do papel deliberativo das instituições políticas. Deste modo, o choque entre a Corte em defesa dos direitos fundamentais e a regra da maioria em respeito ao imperativo da igualdade no processo legislativo é o desafio dos Diálogos Institucionais.

Para o presente estudo, a teoria do constitucionalismo popular mediado é considerada uma teoria de equilíbrio. Defende-se que nenhum Poder é plenamente legítimo para definir o sentido final do significado constitucional, a Corte é mais uma no processo hermenêutico da complexidade no Estado democrático<sup>6</sup>.

Nos estudos a respeito da jurisdição constitucional, diversos doutrinadores defendem que o Poder Judiciário possui uma função contramajoritária, embora não se tenha uma clareza naquilo que isso significa. Uma das vertentes é que ao julgar invalidas as leis, o Poder Judiciário agiria contrariamente à vontade dos cidadãos, representados pelos Poderes políticos. Os argumentos que

---

<sup>55</sup> HUBNER, Conrado Mendes. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado em direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 111.

<sup>6</sup> HUBNER, Conrado. P. 125

defendem a vertente da revisão judicial, acreditam que trata-se de um controle para restringir a vontade da maioria, pois direitos constitucionais não são somente disponíveis ao critério soberano. De modo contrário, aqueles que criticam a revisão jurisdicional acusam-na de interferir na vontade popular. Essa vontade é politicamente representada, a função contramajoritária viria a interferir de modo indevido na democracia<sup>7</sup>.

O constitucionalismo popular mediado é uma teoria de equilíbrio dentro das relações entre os Poderes, seus estudos partiram das ciências sociais e a interação entre o poder judiciário, os ramos políticos e a opinião pública. Barry Friedman defende que mesmo o Poder Judiciário possuindo uma margem de legitimidade para tomar suas decisões, caso sua manifestação ocorra de maneira muito diversa dos Poderes políticos e dos indivíduos, ocorrerão restrições políticas e reações populares, que trarão a Corte a convergência de uma das forças<sup>8</sup>.

A compreensão da teoria do constitucionalismo popular mediado é uma relação de diversos estudos na atuação da Corte Constitucional Americana, dos Poderes Políticos e da opinião pública. Suas premissas foram desenvolvidas por diversos estudos publicados ao longo do tempo.

No cotidiano, o processo de interpretação constitucional integra todos os Poderes, a constituição é interpretada por meio de um diálogo a respeito do seu significado. Todos os segmentos sociais participam desse processo de interpretação, contudo os tribunais possuem o papel singular – moldam mais facilmente o significado da Constituição<sup>9</sup> e facilitam o diálogo em toda a sociedade<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism, *Michigan Law Review*, v. 101, 2003, p. 2596 e 2597.

<sup>8</sup> FRIEDMAN, Barry. The wil of the people: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009., p. 408 a 412.

<sup>9</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993., p. 581.

<sup>10</sup> Idem, 583.

A premissa trata da complexidade envolvida e a pouca profundidade do tema abordado pela academia jurídica. Muitos estudiosos preocupam-se em afirmar a legitimidade da jurisdição, muitas vezes, impedindo a busca pelo real entendimento do sistema constitucional<sup>11</sup>. Embora a revisão judicial esteja completamente assentada atualmente nas democracias, nos debates acadêmicos há por pelo menos 25 anos se discute sua crise de legitimidade<sup>12</sup>.

A questão da legitimidade constitucional é ampliada, não se resumindo a estudos jurídicos, que limitam-se a estabelecer teorias normativas, ou seja, como os juízes devem decidir e a sua postura com relação as outras instituições. Fora dessa vertente teórica, nos outros campos de estudos, tais como a ciência política e a sociologia, a questão é o que motiva os juízes a decidirem, uma vertente mais positiva<sup>13</sup>.

O núcleo está em perceber aquilo que de fato representa a Corte Constitucional dentro do Estado. Os estudos normativos e positivos<sup>14</sup> percorrem pontos diferentes, principalmente porque estes vislumbram as perspectivas de influências políticas nos juízes em suas decisões<sup>15</sup>. As teorias normativas são empobrecidas quando abandonam as concepções das teorias positivas. As complementações das teorias positivistas pelos teóricos normativos são essenciais como preceitos ideológicos para mudanças de problemas negligenciados no processo constitucional<sup>16</sup>.

Compreender o constitucionalismo popular mediado é basicamente percorrer os caminhos que guiam até a sua justificativa,

---

<sup>11</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 578.

<sup>12</sup> Idem, p. 579.

<sup>13</sup> FRIEDMAN, Barry The Politics of Judicial Review, Texas Law Review, vol. 84, n. 2, 2005., p. 257.

<sup>14</sup> Para Barry Friedman os estudos normativos são aqueles que ditam como a Corte deve ser, são teorias que propõem a maneira de atuação da jurisdição constitucional. As teorias positivas partem da forma como a Corte realmente atua, para entender melhor a dinâmica de sua atuação (FRIEDMAN, Barry The Politics of Judicial Review, p. 257).

<sup>15</sup> Idem, p. 257.

<sup>16</sup> Idem, p. 263.

entre tais: a representatividade do governo, a flexibilidade do texto constitucional e a interpretação dinâmica<sup>17</sup>. A teoria da dificuldade contramajoritaria não expressa de fato à complexidade da sociedade que somos, pois o conceito de maioria não é bem definido. Juízes são produtos da sociedade e isso influencia em suas decisões, de certo modo esses valores podem ser nossos ou não, entretanto parece ser improvável que posicionamentos contramajoritários sejam separados do consenso social. Inclusive, seria necessário um “exército contramajoritario” para impor por meio da força essas decisões, sendo evidente que a aprovação de decisões judiciais em matéria constitucional revela o mínimo de aprovação social<sup>18</sup>.

Nenhum Poder em sua plenitude é majoritário, o judiciário institucionalmente possui uma sensibilidade à vontade da maioria, pois tem mudado com intuito de espelhar novas atitudes sociais<sup>19</sup>. Por nenhum Poder representar plenamente a força majoritária, não há última palavra em decisões tomadas pelas instituições. A tentativa de mudança legislativa é muito mais dificultosa que a acessibilidade aos tribunais, sendo a inércia mais facilmente superada na jurisdição. As decisões podem despertar um interesse amplo dos cidadãos, fazendo com que reflitam sobre os temas constitucionais, ocorrendo também com os Poderes Legislativos<sup>20</sup>.

O tribunal sintetiza as diversas visões sociais, ou seja, seleciona os pontos de vista e decide de forma aguda e imediata, objetivando uma norma comum. A escolha do tribunal incorre em rejeição de outros argumentos que foram apontados, pois adota um posicionamento, resultando em um direcionamento do debate: antes estava difuso, agora possui um foco, quer dizer uma decisão a ser debatida<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 629.

<sup>18</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 615 e 618.

<sup>19</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 614.

<sup>20</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 661.

<sup>21</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, p. 669.

A Corte Constitucional é interlocutora, pode lançar o diálogo ou ser influenciada por ele, dificultar o debate ou provocá-lo. Certo é que essa função de como a Corte é dialógica, e esse é o ponto, não pode ser ignorada. A questão é tornar o diálogo mais aberto, vibrante e eficaz<sup>22</sup>.

Nenhum corpo nomeado por homens, exercendo as funções de juízes, pode percorrer a opinião pública por muito tempo sem provocar uma resposta da sociedade. Os juízes reconhecem a opinião pública e estão muitas vezes inclinados aos seus pontos de vistas, inclusive na correção de decisões tomadas. Contudo, o papel das Cortes Constitucionais não é apenas seguir a opinião pública sempre, o Tribunal é criticado quando interfere no ponto de vista popular e não defende a Constituição quando a situação exige. Barry Friedman defende que os juízes estão conectados com a opinião pública por meio de um “cordão elástico”, os julgadores não possuem a capacidade plena de agirem em desconformidade com a opinião pública, mas possuem uma liberdade de movimento. Essa concepção representa um verdadeiro desafio de 200 anos: saber o modo de funcionamento da revisão constitucional nas democracias<sup>23</sup>.

O principal motivo dos juízes das Cortes Constitucionais possuírem uma aproximação com a opinião pública é o fato de não terem escolhas, pois se preocupam em preservar o poder institucional da Corte e o cumprimento das suas decisões. A sintonia com a opinião pública também proporciona à Corte um instinto protetivo contra líderes políticos, como legitimadora de suas decisões. A autoridade dos juízes pode demonstrar a vontade do povo em cumprir as leis, contudo não podem fazer nada quando são desprezadas, dessa forma a Corte sente o toque da opinião pública<sup>24</sup>.

A opinião pública para o desenvolvimento do constitucionalismo popular é muito importante, uma vez que

---

<sup>22</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review

<sup>23</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review, p. 320 – 326.

<sup>24</sup> Idem.

desempenha uma força que controla a atuação das Cortes. A influência não se apresenta com exatidão, contudo as experiências demonstram uma inclinação dos resultados judiciais compatibilizados com a opinião pública. As decisões judiciais possuem uma importante influência na medida em que podem estimular o debate nacional em matéria constitucional. O posicionamento da Corte em determinada interpretação do texto constitucional poderá promover uma reação de debate societário explicitamente constitucional. No processo a Corte poderá exercer uma função de mediadora dos debates. Nesse sentido, as decisões proferidas pelo Tribunal tornam-se fomentadoras do debate social constitucional e estimula as outras instituições na ação deliberativa para que o debate venha a ocorrer mais facilmente<sup>25</sup>.

O controle de constitucionalidade parece ser o principal observatório do constitucionalismo popular mediado. A decisão pela inconstitucionalidade de uma norma acaba sendo contramajoritária, devido à atuação legislativa ser baseada na maioria. Friedman argumenta que essa concepção distorce a realidade, ou seja, o sistema de governo nem sempre expressa a vontade da maioria. O texto constitucional é suficientemente flexível para que interpretações diferentes surjam a cada momento. Tais características desmitificam a atuação contramajoritária da Corte<sup>26</sup>.

Existe uma “Babel” de vozes que se chocam, se acomodam e se transformam em uma progressão. Em face de pluralidades, os Poderes devem deliberar para definir uma direção. A Corte, se deparando com temas gerais do debate constitucional, não terá a última palavra, assim surge a sua atuação como catalizadora do debate constitucional que poderá durar por anos – muitas vezes a decisão demonstra a omissão do legislador e compele a sociedade a pensar mais incisivamente sobre o tema<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, p. 671.

<sup>26</sup> Idem, p. 673.

<sup>27</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, pp. 643 e 657.



Em temas gerais em que o texto constitucional é flexível, aberto, e causa um interesse mais amplo da sociedade, a decisão da Corte não será a última palavra. Ocorrerá manifestação dos outros poderes e da sociedade, conseqüentemente às deliberações políticas farão as decisões serem questionadas e não aceitas eternamente. Assim, o processo acaba por ser de idas e vindas, no verdadeiro debate constitucional. As Cortes sofrem inúmeras influências, Barry Friedman as trata como “círculos concêntricos de influência”: primeiramente o próprio colegiado, em segundo lugar as instâncias inferiores, em terceiro estão às atuações dos outros poderes e por fim a opinião pública. Nessas influências sofridas pela Corte o que está em jogo é a sua credibilidade face esses diversos setores<sup>28</sup>.

A relação estre as Cortes e a opinião pública alcançaram certa maturidade, demonstrando um equilíbrio silencioso. A reação antecipada faz com que juízes observem o impacto que suas decisões poderão causar. Sentindo problemas, podem evitar em tomar decisões que possa gerar algum prejuízo<sup>29</sup>.

## **2 O *Amicus Curiae* como concretização do constitucionalismo popular mediado no Brasil.**

A democracia tem como característica a pluralidade de ideias marcadas por concepções que se unem ou se chocam resultando conflitos e consensos. A jurisdição constitucional tem gerado visibilidade a temas que se estendem a diversos setores sociais, assim a jurisdição constitucional caminha cada vez mais para uma atuação de abertura à participação popular, fomentando a democracia.

Um marco incisivo de uma atuação mais democrática da jurisdição constitucional é o *amicus curiae*. O instituto vem participando de grandes debates, com a integração de diferentes

---

<sup>28</sup> Idem

<sup>29</sup> Idem.

vozes e grupos. A interpretação constitucional é criada na sociedade, ainda que seja por instituições não formais. Esse reconhecimento já consubstancia um importante avanço para uma sociedade aberta as diferentes concepções constitucionais, principalmente em matéria de direitos fundamentais. .

A participação democrática dentro do Estado de Direito não se limita a escolha dos cidadãos por seus representantes, mas migrou para as Cortes Constitucionais. Certamente uma das possibilidades dessa mudança no paradigma constitucional ocorre pela particularidade, abertura e dinâmica do seu texto.

O controle de constitucionalidade muitas vezes tenciona-se com a concepção de democracia formal (aquela em que deve prevalecer à vontade da maioria). O *amicus curiae*, no processo de depuração de normas inconstitucionais, a sua participação não se trata de benevolência da jurisdição constitucional, mas de necessidade em seu processo decisório. O direito constitucional possui uma interação vigorosa entre diferentes grupos, que mesmo não compreendendo a técnica e os sentidos constitucionais, possuem virtude tão importante quanto: a constituição sentida, a interpretação do interprete pela práxis<sup>30</sup>.

Neste tópico explicitaremos como *amicus curiae* concretiza o constitucionalismo popular mediado, no que tange a participação popular no controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

## **2.1 O *Amicus Curiae* no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro: aspectos especiais.**

Logo após a Emenda Regimental nº 15/04 tivemos a nova redação ao § 3º do art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a alteração passou a prever de forma expressa a

---

<sup>30</sup> HÄBERLE, Peter. Hermeneutica Constitucional, p. 31.

atuação do *Amicus Curiae* a proceder à possibilidade de sua sustentação oral<sup>31</sup>:

Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. (...) § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.

O resultado da alteração levou a Suprema Corte a uma atuação que fomenta a participação de diversos setores sociais por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Os interessados ingressam com uma petição para legitimarem sua participação como *amicus curiae* que vai depender da discricionariedade do Relator. No deferimento, o *Amicus Curiae* passa a fazer parte do processo, apresentando memoriais e possuindo a possibilidade de sustentação oral. Caso ocorra o indeferimento poderão ser apresentados memoriais, mas a maioria das solicitações são deferidas<sup>32</sup>, certamente essa possibilidade ocorre pela abertura textual da CR/88 e as diferentes interpretações que podem surgir.

As origens do *amicus curiae* são marcadas por grandes divergências dentro da doutrina, de fato a sua popularização surgiu por meio do direito norte-americano, cabendo ressaltar que a legislação brasileira não se utiliza dessa nomenclatura para a utilização desse instrumento. Ainda que esse instrumento de participação popular já fosse reconhecidamente utilizado no controle de constitucionalidade concentrado, posteriormente foi legitimado pela lei nº 9.868/99 e lei 9.882/99<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> MEDINA, Damares. Amigo da corte ou amigo da parte? p. 77

<sup>32</sup> Idem. p. 88.

<sup>33</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro. p. 146 e 147.

Na lei 9.868/99 em que trata da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade em seus artigos 7º, caput, e 18º, proíbe expressamente a intervenção de terceiros dentro do processo e esse também era o entendimento a ser seguido pela Corte, no entanto, se observou a nítida necessidade de promover a ampliação de um debate no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade. Observando essa questão o legislador infraconstitucional, quando editou a lei 9.868/99, previu distintas formas de manifestação de entidade e órgãos, por requisição judicial, ou voluntariamente. A possibilidade dava abertura para captar vozes de distintos meios da sociedade, ampliando o modo de diálogo com a Corte Constitucional. Essa lei teve propositura do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes<sup>34</sup>.

O *amicus curiae*, em caráter democrático, apresenta-se no sentido de debater a própria questão constitucional, com uma clara essência de uma sociedade aberta aos interpretes da constituição<sup>35</sup>. A neutralidade é mítica nos processos de controle de constitucionalidade, não podendo esquivar-se que mesmo não possuindo legitimidade de parte no controle concentrado de constitucionalidade, serão destinatários de seus efeitos, dando ensejo à observação de dever da Corte em observar as diversas interpretações que emanam da sociedade<sup>36</sup>. Uma vez observada essa questão recai mais uma vez os pontos levantados por Barry Friedman e a sua exposição de que a Corte nem sempre expressa um caráter contramajoritário e a necessidade dinâmica da interpretação constitucional<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. 163 folhas. Dissertação de Mestrado. Faculdade de direito da universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.. p 73.

<sup>35</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

<sup>36</sup> *Idem*, 76.

<sup>37</sup> HUBNER, Conrado Mendes. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2010, p 43.

## 2.2 *Amicus curiae* e a teoria do direito constitucional.

O processo de interpretação constitucional é pluralista e difuso. A interpretação constitucional deve confrontar-se com a constituição e a realidade constitucional, principalmente no interesse público e o bem-estar geral. A abertura da hermenêutica constitucional não adota um rol fechado de interpretes, pois todos que convivem com a norma acabam por interpretá-la.<sup>38</sup>

Especificamente nos direitos fundamentais, o destinatário da norma a preenche de acordo como participa no âmbito de proteção daquele direito<sup>39</sup>. A concepção de hermenêutica tradicional era de que a interpretação constitucional era exclusiva dos órgãos estatais (embora não se deixe de considerar sua importância). Em verdade, até os atores estatais possuem funções diversas na interpretação constitucional<sup>40</sup>. Os interpretes não cooperativos da constituição exercem essa função até mesmo quando não participam do processo, pois a constituição é espelho da realidade com uma função diretiva<sup>41</sup>.

Na hermenêutica constitucional as novas concepções contrariam a ideologia da subsunção, a integração da realidade no processo de interpretação é uma consequência desse esvaziamento, pois qualquer interprete é orientado tanto pela teoria como pela prática<sup>42</sup>.

A teoria do constitucionalismo popular mediado amplia essa perspectiva da teoria constitucional desenvolvida por Peter Häberle, quando atribui à opinião pública outros fatores importantes para o processo de interpretação constitucional.

---

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 10-13.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 30 e 31.

As teorias normativas muitas vezes defendem que a atuação da revisão judicial restringe à opinião pública, contudo as restrições impostas por outras instituições ao poder judiciário também existem em relação à influência da opinião pública. Para os teóricos positivos a lei constitucional reflete os valores populares. Existem dificuldades em avaliar as influências da opinião pública de modo objetivo, mas é possível encontrar evidências de que a revisão judicial sofre algum tipo de restrição<sup>43</sup>.

Existe uma influência da opinião pública nas decisões judiciais, essa concepção foi atestada em pesquisa popular de apoio a decisões judiciais em comparação com a alteração de humor público com as tendências no Supremo. Assim, a Corte não atua exclusivamente contra a opinião pública, obviamente existem exceções<sup>44</sup>.

Os juízes possuem motivações para atentarem-se à opinião pública, principalmente na análise dos seus trabalhos desenvolvidos. A população mesmo não possuindo uma autoridade formal para agir com restrição a decisões do tribunal, de certo modo são impactadas por elas, ou seja, ficam no caminho das decisões. Nesse sentido, os juízes se sentem julgados pelo “tribunal popular” – principalmente na construção de sua reputação e a legitimidade institucional da Corte<sup>45</sup>.

A influência da opinião popular na maioria das vezes é indireta, principalmente contra juízes que possuem poder sobre a Corte. Essa influência pode proteger o causar problemas. Nos Estados Unidos no final do século XIX e início do século XX o tribunal constitucional sofre ataques, principalmente por políticos populistas, sendo que o sentimento popular protegeu o poder judiciário de tais ataques políticos em 1937<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*, p. 220.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 323.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 324.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 324 e 325.

Os juízes são parte da sociedade e sofrem influência, são cientes do que acontece nela, dessa forma entram em contato com a opinião popular regularmente. O número de *amicus curiae* está em ascensão em lides constitucionais nos Estados Unidos, principalmente quando fica evidente à possibilidade de confrontos para com a Corte, de modo que evidenciam uma atenção aos direcionamentos das questões<sup>47</sup>.

O *amicus curiae* permite a participação da sociedade na jurisdição constitucional<sup>48</sup>. Essa concepção é adotada inclusive pelo legislador quando reconheceu na Lei 9.868 de 1999 que a admissibilidade estaria condicionada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (art. 7, §2º). A natureza do instituto é de intervenção popular no controle de constitucionalidade das leis, como auxiliador da democracia<sup>49</sup>. É imperioso destacar que Paulo Bonavides adotava como direitos fundamentais de quarta dimensão a fiscalização de constitucionalidade exercida como obra do cidadão legitimado, diante de uma instância constitucional suprema, sendo o futuro da cidadania e o provir da liberdade<sup>50</sup>, que em tempos atuais não parece mais ser uma constatação, mas uma necessidade.

Em matéria de direitos fundamentais a abertura democrática, o *amicus curiae* e a opinião pública, parecem ser ainda mais importantes. No Estado de Direito se o desejo é que por meio da lei sua pretensão tenha universalidade, os cidadãos precisam universalmente serem autores do direito<sup>51</sup>. Na CF/88 a fundamentalidade material representa que os direitos fundamentais

---

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> LUNARDI, Soraya. Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo: Atlas, 2013, p.140.

<sup>49</sup> JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: as Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013., p. 128.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. – 33. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2018, p. 587.

<sup>51</sup> FORST, Rainer. Contextos de justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo.; tradução Denilson Luis Werle. – São Paulo: Boitempo, 2010, p.313.

são constitutivos da Constituição material, com decisões fundamentais do Estado e da sociedade<sup>52</sup>. Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, sua compreensão deve ser interligada não somente na perspectiva técnica, mas pela cultura jurídica e política, um concreto e objetivo “sistema de valores”<sup>53</sup>.

Assim, o *amicus curiae* representa uma abertura à participação popular, essenciais para formação dos direitos fundamentais e balizadora para Corte Constitucional em suas decisões. A concretização é no sentido de que o *amicus curiae* representa a sociedade no debate constitucional dentro da Suprema Corte, como um elemento a mais na busca do significado constitucional entre os Poderes. No próximo tópico um dos pontos a serem analisados será a opinião pública na ADI 4439.

### **3. O constitucionalismo popular mediado na ação direta de inconstitucionalidade 4439.**

A ADI 4439 foi proposta pela PGR com objetivo de conferir interpretação conforme a CF/88, face os dispositivos: artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), artigo 11, § 1º do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé”, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 698/2009, para firmar o entendimento que o ensino religioso nas escolas públicas somente poderá ser de natureza não confessional<sup>54</sup>.

A Lei 9.868/99 determina que o relator solicite informações aos órgãos ou autoridades que emanaram a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º). Essa determinação do legislador permite que no processo constitucional brasileiro tenhamos a participação dos

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015, p. 76.

<sup>53</sup> QUIROZ, Cristina. Direitos fundamentais: teoria geral. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 49.

<sup>54</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439, p. 3.



atores políticos. Essa possibilidade proporciona o papel de interlocutor realizado pelo STF, com interação dos argumentos entre as Instituições Políticas e a representação das opiniões populares<sup>55</sup>, essas concepções transbordam o que defendem as teorias normativas – a função da jurisdição constitucional de simplesmente rever a atuação dos outros poderes<sup>56</sup>.

Na ADI 4439 manifestaram-se por petições o Presidente da República, a Câmara dos Deputados e o Senado. O Presidente da República e o Senado Federal fundamentaram prontamente pela improcedência da Ação. Entretanto, a Câmara dos Deputados se absteve de adentrar materialmente na discussão, encaminhando tão somente a tramitação conforme determina a CF/88 e o seu Regimento.

A Advocacia Geral da União é responsável pela defesa do ato impugnado, devendo ser ouvida, como preceitua a Lei 9.868/99 em seu art. 8º. Na ADI 4439 defendeu a improcedência da Ação. O Ministro Luiz Fux, mesmo votando pela procedência da Ação, pontuou o posicionamento da AGU e do *amicus curiae*:

O Ministro Relator, na linha da Advocacia Geral da União e de alguns *amici curiae*, extraiu do princípio da laicidade estatal uma dimensão positiva que corresponde à proteção à pluralidade e tolerância religiosas. Essa concepção ampliada coincide com a liberdade e igualdade sob dimensão religiosa. Como se verá adiante, estes princípios fundamentais servem de fundamento bastante para a procedência do pedido autora<sup>57</sup>.

Contudo, posteriormente rebateu:

Em sua manifestação, a Advocacia Geral da União sustenta que “o ensino religioso a ser ministrado nas escolas públicas não tem cunho aconfessional, pois, se possuísse essa natureza, não haveria

---

<sup>55</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, Michigan Law Review, v. 91, 1993., p. 671.

<sup>56</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review, p. 309.

<sup>57</sup> Idem.

razão para que fosse de matrícula facultativa aos alunos”. O ponto não se sustenta. A facultatividade da matrícula expressa a cautela do constituinte em relação aos interesses potencialmente em conflito, tais como os dos alunos ateus ou agnósticos – e não uma carta branca para qualquer conteúdo e forma de ensino religioso. Ainda que não-confessional, há significativo risco de o ensino violar a neutralidade estatal, sendo o constituinte sensível a isso<sup>58</sup>.

O Ministro Dias Tofolli, que votou pela improcedência da Ação, também pontuou o argumento da AGU:

Ademais, como bem esclarecido pela douta Advocacia-Geral da União, amparada, inclusive, em manifestação do Ministério da Educação, em verdade, a LDB, estrategicamente, deixou o conteúdo das disciplinas de ensino religioso em aberto, *para ser definido em parceria com a comunidade, sendo possível as três modalidades de ensino, o confessional, o não confessional e o interconfessional, respeitando-se, evidentemente, as diferentes orientações religiosas adotadas nas diversas comunidades de alunos*<sup>59</sup>.

Dentre os atores estudados no constitucionalismo popular mediado a opinião pública possui um papel importantíssimo, demonstrado no tópico 2. A participação popular por meio da representatividade do *amicus curiae* na ADI 4439 foram efetivadas por 18 instituições. Dois pontos importantes podem ser ressaltados: primeiramente a participação do Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER), que possui um longo período de estudos importante a respeito da matéria discutida e a participação de duas Instituições de Ensino Superiores por meio de seus grupos de pesquisa: Clínica de Direitos Fundamentais (UERJ) e o Centro Acadêmico XI Agosto (USP), que agregaram profundamente em matéria doutrinária.

---

<sup>58</sup> Idem, p. 13.

<sup>59</sup> Idem, p. 13.

A participação dos *amici curiae* demonstrou a diversidade de matérias que envolvia a ADI (histórica, sociológica, filosófica e etc), inclusive na apresentação de estatísticas, como pontuou o ministro Luiz Fux:

Mas o que mais me chamou a atenção aqui, Senhora Presidente, foi um dado trazido pelos amicus curiae, todos e os advogados, enfim, todos com um brilhantismo invulgar, foi exatamente o fato de que o destinatário dessa política pública são as crianças e os adolescentes. Essa que é a questão, para mim, mais delicada<sup>60</sup>.

O referido ministro também citou em seu voto fundamentação trazida pela Clínica de Direitos Fundamentais (UERJ)<sup>61</sup>. Durante os votos dos Ministros foram perceptíveis uma série de argumentos que já haviam sido trazidos pelos *amici curiae*, embora não tenham uma referência direta.

Dentre os advogados que fizeram sustentações orais, estava presente o Doutor João Agripino de Vasconcelos Maia Filho, que fez parte da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, sustentou oralmente pela Conferência dos Religiosos do Brasil, asseverando a escolha do constituinte originário da modalidade de ensino confessional<sup>62</sup>. O Ministro Celso de Melo o confrontou:

Sustentou-se, na tribuna desta Corte, na palavra de um ilustre Advogado que compôs e participou da Assembleia Nacional Constituinte, de que emanou a vigente Lei Fundamental de nosso País, que a intenção dos constituintes – conforme por ele expressamente salientado – foi a de viabilizar o ensino religioso de conteúdo confessional, considerado o fato de que a deliberação que aprovou a referência a Deus no preâmbulo da Constituição resultou da votação favorável de 487 votos a 13, com 07 abstenções<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Idem, p. 4

<sup>61</sup> Idem, p. 5

<sup>62</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal: canal STF. 2018 (1:34:35). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=aONS5Z3Jzpw&t=2091s>>, com acesso em: 11dez2018.

<sup>63</sup> Idem, p. 37.

Assim, esses pontos curtos evidenciados em citações diretas (infelizmente não há espaço para demonstrar as influências nos diálogos de modo indireto) demonstram a existência de um diálogo interno, ou seja, os outros atores são chamados para atuar na Corte, fazendo parte do processo de interpretação constitucional, as fundamentações analisadas e que muitas vezes foram contrapostas, à exemplo do que tratou o Ministro Celso de Melo.

Na ADI 4439 outra característica asseverada por Barry Friedman foi observada: a influência do colegiado. No colegiado os juízes não agem sozinhos, embora os votos sejam individuais, o que a Corte decide normalmente depende da concordância conjunta, o desafio muitas vezes é conciliar os posicionamentos individuais com o resultado do colegiado<sup>64</sup>. No STF é normal o elogio entre os Ministros dos votos proferidos, na ADI 4439 o mais evidente foi a Ministra Rosa Weber, que votou pela procedência da Ação, seguindo Relator Ministro Roberto Barroso:

[...] comungo da compreensão, exposta como sempre com maestria pelo eminente Relator, de que a exegese sistemática e harmônica do já citado art. 210, § 1º, e dos arts. 5º, VI (liberdade religiosa), e 19, I, da Constituição Federal (de onde se extrai o princípio da laicidade do Estado) leva ao endosso da tese de que o ensino religioso nas escolas públicas, de matrícula facultativa, repito, na dicção constitucional, só pode ser o de natureza não confessional<sup>65</sup>.

Entretanto, também há dissenso interno, no caso ocorreu entre o Relator Ministro Roberto Barroso e o Ministro Alexandre de Moraes (redator do Àcordão), após este proferir seu voto:

Segunda observação, que foi um ponto em que o Ministro Alexandre de Moraes insistiu e que não corresponde ao meu

---

<sup>64</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*, p. 281.

<sup>65</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4439, p. 3.

pensamento: eu não acho que o Estado deva ter a pretensão de montar uma religião, justamente o contrário. A minha convicção é a de que a religião é um espaço da vida privada e, portanto, não deve ter um locus no espaço público<sup>66</sup>.

### Rebateu o Ministro Alexandre de Moraes:

Presidente, sem querer ir para a réplica, não é um júri aqui, mas também para deixar claro dois aspectos.

O primeiro aspecto é o de que eu não defendo concurso público com cotas para religiões. Não, se eu não fui claro, eu tento ser mais claro. Até citei a Lei, é o chamamento de parcerias; quem monta o horário, quem monta os requisitos para cadastramento é o Poder Público, requisitos mínimos, é o Poder Público. Só que parcerias sem ônus para o Estado. E, aí, cada confissão vai e ministra aula<sup>67</sup>.

Assim, é perceptível, como brevemente demonstrado, a possibilidade na sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro o diálogo em matérias de direitos constitucionais, ora de contraposição ou reafirmação, mas, sobretudo, um momento em que as instituições políticas e a opinião pública dialogam com a Corte em busca do significado constitucional, sendo o *amicus curiae* um facilitador de concretização do constitucionalismo popular mediado.

## 5 Conclusões

Os diálogos institucionais são essenciais para o jogo da separação dos poderes e para a democracia. A teoria do Constitucionalismo Popular Mediado, desenvolvida por Barry Friedman, é uma alternativa para busca do significado constitucional de modo construído coordenadamente.

O *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro é a concretização do constitucionalismo popular mediado, pois

---

<sup>66</sup> Idem, p. 1.

<sup>67</sup> Idem, p.3.

representa a opinião popular. Esse não é o único fator positivo, a sua participação também proporciona legitimidade as decisões da Corte e na interpretação realística da constituição (seria humanamente impossível que fosse exigido dos Ministros do Supremo Tribunal Federal essa virtude, tendo em vista a pluralidade da sociedade brasileira). A participação do *amicus curiae* por si só representa uma abertura da Corte, independente da referência ou não nos votos dos Ministros, pois condicionaria ao pensamento de que as fundamentações não foram “boas o suficiente”, caso não estejam presentes as manifestações nos votos, ou que o posicionamento dos Ministros foram os melhores. No processo de idas e vindas do constitucionalismo popular mediado, as concepções podem mudar e não existem decisões melhores ou piores na democracia.

Os atores que são intérpretes da constituição e fazem parte dos “círculos concêntricos de influência” participaram da ADI 4439 e tiveram influências na decisão. O debate foi aberto e plural, o Supremo Tribunal Federal é a instituição essencial para efetivação do diálogo no Brasil, pois sistematicamente o controle concentrado de constitucionalidade agrega as instituições políticas e a representação da opinião pública por meio do *amicus curiae*. Isso não significa que toda ação constitucional terá sistemática, a Corte poderá adotar outra postura de diálogo, mas o constitucionalismo popular mediado é uma forma que acrescenta muito nas decisões que tratam a respeito de direitos fundamentais.

O tema é complexo, atual e fascinante, poderá ser útil para conflitos que cheguem a Suprema Corte, contudo certamente é desafiador ao confrontar posicionamentos que são enraizados na academia jurídica a respeito do controle de constitucionalidade.

## Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439**: Canal STF. 2018 (1:34:35). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=aONS5Z3Jzpw&t=2091s>>, com acesso em: 11dez2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4439**. Relator Ministro Roberto Barroso. DJ Nr. 123 do dia 21/06/2018. STF, 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=123&dataPublicacaoDj=21/06/2018&incidente=3926392&codCapitulo=5&numMateria=94&codMateria=1>>. Com acesso em 15ago2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4439**. Relator Ministro Roberto Barroso. DJ Nr. 123 do dia 21/06/2018. STF, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Com acesso em: 17set19.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. – 33. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. – 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FRIEDMAN, Barry. **The Politics of Judicial Review**, Texas Law Review, vol. 84, n. 2, 2005.

\_\_\_\_\_. **The wil of the people: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dialogue and Judicial Review**, Michigan Law Review, v. 91, 1993.

\_\_\_\_\_. **Mediated Popular Constitutionalism**, Michigan Law Review, v. 101, 2003.

FORST, Rainer. **Contextos de justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**.; tradução Denilson Luis Werle. – São Paulo: Boitempo, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HUBNER, Conrado Mendes. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: as Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus Curiae no Supremos Tribunal Federal**. 224 folhas. Dissertação - Instituto Brasiliense De Direito Público Brasília – DF, 2008. .

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais a justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

QUIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. 163 folhas. Dissertação de Mestrado. Faculdade de direito da universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.





## **Segunda parte**

### ***V Seminário Internacional de Direito, Tecnologia e Inovação***



## **I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão**



## A hashtag “pra cego ver” e a inclusão de pessoas com deficiência visual nas mídias sociais <sup>1</sup>

*Jorge Renato dos Reis <sup>2</sup>*

*Priscila de Freitas <sup>3</sup>*

### 1. Introdução

As mídias sociais tornaram-se um forte instrumento de uso cotidiano pelas pessoas. Seus usos são os mais variados, seja para propagação de informações de utilidade pública, seja para vendas, entretenimento, oferecimento de serviços, organização de manifestações, festas e demais eventos. A ideia é de que tais

---

<sup>1</sup> "O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 "This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001".

<sup>2</sup> Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br.

<sup>3</sup> Mestre em Direito no Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES. Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral – IRIB/UNISC. Pós-Graduada em Novo Código de Processo Civil – ENA/UNISC, Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil – EBRADI e Docência no Ensino Superior – UNICESUMAR. Graduada em Direito pela UNISC. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Intersecções jurídicas entre o Público e o Privado”, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Advogada. E-mail: pri\_freitasoz@hotmail.com.

informações alcancem o maior número possível de pessoas, os chamados usuários das mídias sociais.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que este instrumento realmente vem aproximando pessoas e, de certo modo, tornando o acesso a informações mais fácil e prático, têm-se a questão dos excluídos das mídias sociais. Dentre os grupos excluídos, têm-se os analfabetos digitais, aqueles que por sua situação financeira não possuem acesso a tais mídias sociais e as pessoas com deficiência, dentre elas as com deficiência visual, que não as permitem ver tais informações.

Desta forma, o presente trabalho busca analisar a questão das mídias sociais em relação ao grupo dos deficientes visuais, justificando-se tendo em vista que tais mídias estão cada vez mais presentes no dia a dia da sociedade e que as pessoas com deficiência, principalmente visual, muitas vezes são esquecidas quando se faz divulgação de informações através de imagens nas mesmas. O problema que se busca analisar é se houve a inclusão de pessoas com deficiência nas mídias sociais a partir da *hashtag* pra cego ver.

Dentre os objetivos do presente trabalho encontram-se: primeiramente, uma análise sobre a dignidade da pessoa humana, a fim de esclarecer que todas as pessoas devem ter sua dignidade assegurada e protegida pelo Estado, além do direito fundamental ao acesso à informação; em um segundo momento, análise sobre a sociedade da informação e a importância que as mídias sociais passaram a ter no cotidiano e; por fim, análise sobre a pessoa com deficiência, em especial a pessoa com deficiência visual e a importância da inclusão social das mesmas nas mídias sociais, principalmente levando-se em consideração as normas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo, onde parte-se de duas hipóteses a fim de responder ao questionamento proposto, sendo a primeira positiva, defendendo que o uso da *hashtag* tem colaborado significativamente para um melhor acesso à informação para pessoas com deficiência visual nas

mídias sociais e a segunda, negativa, onde se defende que mesmo com a *hashtag* pode-se concluir que a mesma possui poucos adeptos, faltando incentivos para que a mesma consiga alcançar o público. A metodologia de pesquisa é bibliográfica com levantamento de dados acerca do alcance da referida *hashtag* nas mídias sociais.

## 2. O “super princípio” da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, antes de fazer parte dos ordenamentos jurídicos de praticamente todos os países, inclusive do Brasil, foi moldando-se ao longo da história da humanidade. Deste modo, cabe breve retrospecto histórico de tal figura para ressaltar sua importância e a necessidade da mesma ser assegurada para todos, sem desigualdade.

Primeiramente, necessária distinção acerca da dignidade da pessoa humana e da espécie humana. A primeira é aquela que se encontra nas constituições contemporâneas e em tratados internacionais sobre direitos humanos. A segunda está relacionada com o reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada frente a todos os outros seres que habitam o mundo. Tal superioridade, ao longo dos anos, encontrou respaldo no uso da razão, no livre arbítrio e no fato do homem ter sido criado à imagem e à semelhança de Deus (SARMENTO, 2016, p. 27).

Refere Sarlet (2009, p. 98) que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã. No pensamento clássico a dignidade, compreendida como *dignitas*, significava a posição social ocupada e o grau de reconhecimento desta posição pelos demais membros da comunidade, podendo a dignidade ser considerada maior para alguns e menor para outros. No pensamento cristão, tal dignidade encontrava seu fundamento no fato do homem ter sido criado à imagem e à semelhança de Deus e, desta forma, possuía um valor intrínseco em si, não podendo vir a ser transformado em objeto.



Na Idade Média, Tomás de Aquino reafirma que a noção de dignidade encontra sua razão no fato do homem ser a imagem e semelhança de Deus, porém, acrescenta que a capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana é um ponto que justifica a dignidade, existindo essa em razão de sua própria vontade (SARLET, 2011, p. 37).

No século XVI e início da expansão colonial espanhola, quanto ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios, Francisco de Vitoria referiu que, frente ao direito natural inerente a todos os seres humanos e, diante da natureza humana, sem levar em consideração a regra de que isso só se aplica àqueles que praticassem a mesma religião, os índios deveriam ser respeitados como sujeitos de direito (SARLET, 2009, p. 99).

Já Samuel Pufendorf defendia que a noção de dignidade não estava vinculada à natureza do homem e não poderia ser justificada através de seu status social, da mesma forma que não deveria ser justificada através de vontade divina. Pufendorf alegava que “mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme seu entendimento e sua opção” (SARLET, 2011, p. 39).

Com o Iluminismo, o discurso sobre a dignidade passou a ganhar ares universais, aparecendo principalmente nas revoluções Francesa e Norte-americana, onde se afirmou, na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, que todos os homens nascem iguais e livres em direito e na Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 1776, que todos os homens são criados iguais (SARMENTO, 2016, p. 34).

Do período Iluminista resultaram diversas expressões de filósofos acerca da dignidade, sendo destacado o pensamento de Rousseau, para quem o contrato social deveria garantir igualdade entre os cidadãos e, o pensamento de Kant, para quem as pessoas não têm preço, e sim dignidade, garantindo um fim em si mesmo, fundamentando a dignidade na autonomia da pessoa humana

(SARMENTO, 2016, p. 35). Dessa forma, resulta da teoria de Kant o imperativo categórico da dignidade, onde fundamenta “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2011, p. 73).

Destaca-se que a primeira menção ao valor da dignidade humana, de forma explícita, ocorreu no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, em 1848, que afirmava que a escravidão era um atentado à dignidade humana. Algumas constituições, antes da Segunda Guerra Mundial, faziam menção à dignidade, tais como a do México de 1917, Alemanha e Finlândia em 1919. A Constituição brasileira de 1934 também trazia a figura da dignidade em seu artigo 115, ao afirmar que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça às necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (SARMENTO, 2016, p. 53).

No entanto, pode-se referir que a positivação propriamente dita da dignidade da pessoa humana em âmbito internacional e constitucional passou a ganhar força após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades ocorridas neste período (SARMENTO, 2006, p. 88).

Como resposta a tais atrocidades provenientes da Segunda Guerra Mundial, tem-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo primeiro a afirmação de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Dessa forma, reflete Bonavides (2008, p. 578) ao afirmar que tal Declaração é o estatuto de liberdade de todos os povos, sendo a esperança de promoção de respeito à dignidade do ser humano, sem distinção.

A Constituição italiana, de 1947 e a alemã de 1949 passaram a abarcar o princípio da dignidade, sendo este posteriormente inserido nas Constituições de outros países. O princípio apresenta-se em um

duplo sentido, sendo um limite para o poder público não atentar contra ele e, sendo um norte para a conduta estatal, de modo a impor que as autoridades públicas ajam no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da pessoa humana, devendo assegurar condições mínimas para a vida com dignidade (SARMENTO, 2006, p. 89).

Moraes (2009, p. 83) menciona as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978) que, após períodos de ditadura e República franquista, respectivamente, adotaram o princípio da dignidade em seus valores e fundamentos, estando presente no artigo primeiro de ambas. Miranda (2002, p. 141) refere que esta Constituição portuguesa é um documento muito preocupado com os direitos fundamentais dos cidadãos e trabalhadores e com a divisão do poder. O documento “[...] procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efectiva(sic.), participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia” (MIRANDA, 2002, p. 141).

No âmbito brasileiro, a Constituição de 1988 foi a primeira a apresentar a dignidade da pessoa humana como máxima. Porém, diante do já exposto, não se trata de uma inovação brasileira em relação direito constitucional internacional. (SARLET, 2009, p. 97).

É a dignidade da pessoa humana o alicerce para que a ordem democrática e jurídica se constitua, o que justifica que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica (MORAES, 2009, p. 84).

Sabe-se que não há uma conceituação clara e concisa acerca da dignidade, no entanto, Sarlet (2011, p. 73) apresenta uma proposta de conceito, em processo de reconstrução, a fim de representar a maior afinidade possível com uma compreensão multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, considera como dignidade

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração

por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

No contexto brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui destaque na Constituição de 1988, estando presente no artigo primeiro, inciso III, sendo considerada como fundamento da República, além de ser definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais, tendo em vista seu caráter de princípio, regra e valor fundamental (SARLET, 2011, p. 83).

Diante de tal característica de definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais, cabe salientar, no presente trabalho, o direito a informação e comunicação, previstos constitucionalmente no artigo quinto. Além de ser assegurado o acesso à informação para todos, consoante inciso XIV do referido artigo 5º da Constituição Federal, assegura-se também o direito a todos receberem informações, seja de interesse particular, coletivo ou geral a partir dos órgãos públicos, conforme consta no inciso XXXIII do mesmo artigo constitucional.

Porém, no que tange à esfera social, no Estado brasileiro as pessoas foram, e são, percebidas como seres inseridos em uma teia de relações sociais que constituem a sua identidade, o que resulta em um enraizamento de feições que classificam as pessoas como classe social, cor, profissão, relações afetivas, reconduzindo à desigualdade (SARMENTO, 2016, p. 59).

Em razão disso, denota-se a importância de visar assegurar a todos a plena dignidade humana, sendo garantidos, para todos, os direitos fundamentais. A proposta do presente trabalho consiste em verificar se o acesso para pessoas com deficiência visual nas mídias

sociais através da *hashtag* Pra cego ver colabora para sua inclusão. Deste modo, antes de ingressar-se no que tange a inclusão social, cabe primeiramente analisar a importância das mídias sociais na atualidade.

### **3. A sociedade da informação: a importância das mídias sociais no repasse de informações**

Com o surgimento da sociedade da informação, mudou-se o jeito de ser, agir e pensar de modo muito rápido. As notícias, meios de comunicação e modo de armazenamento de lembranças também passaram por grandes mudanças. O problema dessas rápidas mudanças consiste no fato de que nem todos puderam acompanhá-las de forma efetiva.

Tomasevicius Filho (2016, online) discorre sobre diversas modificações causadas pela internet em aspectos da convivência humana. Cita a ampliação do conhecimento e do acesso à cultura, onde atualmente tudo fica mais acessível pela internet do que por livros impressos. Pesquisas escolares que antes eram efetuadas em enciclopédias disponíveis em bibliotecas e bancas, hoje são feitas com rapidez e facilidade através da internet. Devido à facilidade do acesso em qualquer hora e lugar, a transmissão do conhecimento aumentou consideravelmente. Os jornais impressos estão cada vez mais sendo substituídos por edições eletrônicas em tempo real. Livros físicos também estão sendo substituídos por livros digitais.

As relações interpessoais sofreram transformações com a internet. Antes, escreviam-se cartas para as pessoas que moravam longe, as quais eram postadas no correio e aguardava-se um retorno. Atualmente, tendo em vista a rapidez da comunicação via internet, escrevem-se e-mails em maior quantidade, porém mais curtos. Hoje existe a possibilidade de efetuarem-se videoconferências, seja para matar a saudade da família como para realizar negócios. As redes sociais ficaram populares, onde as pessoas querem ver e ser vistas. Divulgações de fotos e vídeos

tiradas pelos celulares com câmeras de alta qualidade são cada vez mais comuns (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, online).

Nas relações entre empregado e empregador também houve modificação, de modo que podem ser trocadas informações na rede. Atividades comerciais também se adaptaram, a fim de tornarem-se virtuais, de modo que se dispensaram os espaços físicos de lojas e a contratação de revendedores autônomos. Sites ajudam os usuários a encontrarem os menores preços dos itens que buscam. Serviços bancários também se adaptaram, surgindo os *internet banking*, economizando tempo de quem precisava ir até o banco para efetuar transações bancárias (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, online).

Na sociedade tecnológica a informação torna-se passível de seleção e manipulação, de modo que todos possam tornar-se emissores e receptores (ADOLFO, 2008, p. 285). Esse fato tem seus aspectos positivos e negativos, tendo em vista que pode ocorrer manipulação de informações, ocasionando divulgação de notícias falsas, como é o caso das *fake news*.

Castells (2006) tem, de certo modo, uma visão positiva sobre a sociedade da informação, tendo em vista a autonomia da cultura. Faz retrospecto afirmando que há milhares de anos atrás a humanidade se submetia a dominação da natureza sobre a cultura, onde se buscava a sobrevivência. No segundo momento, a relação se inverteu, de modo que a cultura dominou a natureza pelo processo industrial e, agora, na sociedade da informação, tem-se um modelo cultural de interação e organização social, onde mensagens e imagens nas redes constituem o encadeamento da estrutura social.

Constata-se que a internet foi de grande importância para a organização de movimentos sociais, o que trouxe certo “desconforto” para os detentores do poder, os quais possuíam o controle dos principais meios midiáticos até então. A autocomunicação, nome este dado por Castells (2013, p. 11) para a comunicação “do povo para o povo” vai de contrapartida ao esquema de alimentação e gerenciamento de informações, surpreendendo os governantes.

Castells (2013, p. 14) refere que essa autocomunicação baseada nas redes horizontais de comunicação na internet é que constitui os movimentos sociais do século XXI. Ressalta que os movimentos sociais referentes à sociedade da informação surgiram em decorrência de crise econômica estrutural e crise de legitimidade.

Boff e Marques (2015) vão de encontro do que é salientado por Castells, abordando que as primeiras manifestações organizadas a partir das redes sociais ocorreram no Oriente Médio, com a finalidade de buscar direitos dos cidadãos e combater a corrupção e abusos governamentais. Para tais manifestações o acesso à informação é imprescindível para a formação da opinião, de modo que se pode concluir que a sociedade em rede foi de grande importância para a propagação das informações e organização de tais movimentos.

Quanto às manifestações ocorridas no Brasil, cita-se a de maior repercussão e que tomou grandes proporções devido às redes sociais. Tal manifestação se iniciou diante do aumento do valor das passagens de ônibus urbanos em vinte centavos, onde, com a incidência de diversos acontecimentos que causaram indignação na população brasileira, a manifestação ganhou fortes proporções, principalmente graças as redes sociais. Na época também foi levantada a questão da corrupção com as verbas para a execução da Copa do Mundo de 2014, onde foram gastas quantias exorbitantes com estádios e os hospitais encontrava-se em péssimas condições.

Castells (2013, p. 15) reforça que as redes sociais colaboram para a cooperação e solidariedade, de modo a superar o medo e encontrar a esperança. Porém, ressalta-se a problemática de que nem todos os cidadãos possuem acesso de forma igualitária aos demais às mídias sociais, como são os casos dos analfabetos digitais, pessoas de baixa renda e pessoas com deficiências que impeçam seu contato de forma direta a tais mídias. Todos estes, constituem o grupo que pode ser chamado de “excluídos digitais”.

A ideia proposta no presente trabalho constitui uma abordagem sobre as pessoas com deficiência visual e meios que poderiam contribuir para a sua não-exclusão das mídias sociais. O trabalho enfoca sobre um determinado projeto, a ser melhor explanado, mas ressalta-se a importância da colaboração de toda a sociedade para que seja efetiva a inclusão desta camada da sociedade.

Cardoso (2013) aponta a solidariedade como uma possível solução para uma sociedade desigual e injusta, reconhecendo o valor absoluto da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, dos preceitos de justiça distributiva e social, e, conseqüentemente, da funcionalização social dos institutos de direito privado.

É possível notar a importância que as redes sociais tiveram, e tem, para o desenvolvimento de manifestações, divulgações de informações e contatos pessoais em geral. Diante disto, no próximo tópico, analisar-se-á o acesso às redes sociais para as pessoas com deficiência visual, buscando verificar a efetividade do projeto social em tela.

#### **4. A inclusão de pessoas com deficiência visual nas mídias sociais**

Importante se faz a menção ao fato de que as pessoas com deficiência visual não estão, de todo, incluídas na sociedade em rede, tendo em vista que diversos endereços eletrônicos dificultam o acesso das mesmas, constituindo barreiras para a plena utilização.

A Constituição Federal de 1988 faz menção, em diversos momentos, a proteção à pessoa com deficiência, no que tange ao trabalho, previdência, saúde, educação, dentre outros mínimos existenciais e aponta também a igualdade de tratamento a ser dispensada com as mesmas.

Além disso, a temática da pessoa com deficiência, seus direitos e garantias tem ganhado bastante pauta na sociedade brasileira atualmente, tendo em vista o Estatuto da Pessoa com Deficiência,



promulgado em julho de 2015. Tal legislação traz importantes pontos de debate, tendo em vista discussões sobre seu caráter protecionista ou não.

O Estatuto é proveniente da Convenção Americana sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, os quais foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos a ser aprovados nos termos do §3º do artigo 5º, através do Decreto Legislativo 186 de 2008. O Brasil depositou o documento de ratificação dos autos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. A Convenção entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 31 de agosto de 2008, no plano jurídico externo, em conformidade com o Decreto 6.949, de 2009. O Brasil é signatário de tal Convenção e de seu Protocolo Facultativo desde 30 de março de 2007.

No Estatuto, Lei 13.146/2015 pode-se encontrar diversos conceitos pertinentes ligados à acessibilidade, barreiras, o próprio conceito de pessoa com deficiência, dentre outros. No que tange as barreiras, o Estatuto faz menção a estas nas comunicações e na informação, sendo considerado como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação”. Além desta barreira, refere-se também à barreira tecnológica, que cria entraves para a pessoa com deficiência não conseguir ter acesso às tecnologias.

Os avanços tecnológicos pertinentes à acessibilidade não acompanharam, de todo, o desenvolvimento das mídias. Conforme retrospecto levantado por Montardo, Passerino e Bez (2008, online) é a partir da década de 1980, no Ano Internacional das Pessoas Deficientes (1981) que a eliminação de barreiras arquitetônicas ganhou destaque internacional, transformando-se em meta para países desenvolvidos e em desenvolvimento. Na década de 1990, com a popularidade da internet e mídias sociais nos Estados Unidos,

passou-se a necessidade de desenvolver um ambiente virtual acessível.

Surgem desse modo, dois principais consórcios mundiais responsáveis pela questão da acessibilidade: Consórcio para Web (W3C) e a Iniciativa para a Acessibilidade em Rede (WAI), os quais estabeleceram os padrões e protocolos que os sistemas operacionais deveriam seguir para serem considerados acessíveis. (MONTARDO; PASSERINO; BEZ, 2008, online).

Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 1994 a Lei 10.098 estabeleceu critérios básicos para a promoção da acessibilidade e o Decreto Lei 3.298, em 1999, definiu a acessibilidade na Administração Pública Federal. A acessibilidade na web foi organizada a partir de princípios que objetivam uma transformação harmoniosa, como programas de leitores de telas, para auxiliar o usuário com deficiência visual e tornar o conteúdo compreensível e navegável (MONTARDO; PASSERINO; BEZ, 2008, online).

No teor do Estatuto encontram-se artigos específicos que abordam os mais diversos temas visando à inclusão das pessoas com deficiência. Leite (2016, p. 239) menciona que a preocupação da sociedade com as pessoas que possuem alguma forma de deficiência não é de hoje, mas salienta que na atualidade encontra-se a melhor conscientização social e jurídica sobre o problema que tais pessoas enfrentam. Leite (2016, p. 268) tece elogios ao Estatuto, principalmente relacionados à questão da acessibilidade, tendo em vista que tal direito à acessibilidade fornece oportunidade de acesso e fruição a tal direito de forma ampla e irrestrita.

No que tange ao direito ao acesso à informação e à comunicação, presentes a partir do artigo 63 no Estatuto, destaca-se que tal previsão não é pioneira nesta legislação, havendo outras anteriores a abordar tal temática. Cohen (2018, p. 235) aborda que a temática já era apresentada pela Constituição Federal de 1988 e por legislações específicas, tais como o Decreto 5.296/2004, o qual abordava especificamente sobre o acesso à informação para pessoas

com deficiência, porém, não obteve grande êxito, por isso a aposta de retomar a temática a partir da Convenção, pela hierarquia legislativa. A Lei de Acesso à Informação, lei 12.527/2011, também apresenta informações relevantes, tais como o próprio conceito de informação, em contraponto com a comunicação.

Outro ponto que se destaca a partir do direito à informação e à comunicação encontra-se relacionado com as alterações que o Estatuto ocasionou em leis que já se encontravam em vigência, tais como a lei 8.429/1992, onde, ao efetuar alteração no artigo 11 desta lei, o Estatuto convencionou como ato de improbidade administrativa o não cumprimento dos requisitos de acessibilidade pelos agentes públicos. Desta forma, nota-se que todos os sites de órgãos públicos têm que dispor de acessibilidade, seja com ferramentas para auxiliar deficientes visuais, auditivos, dentre outros (COHEN, 2018, p. 237).

Quanto às espécies de mídias sociais, Montardo e Rauber (2011, online), em estudo publicado em 2011, fazem menção a acessibilidade presente em mídias sociais como o Orkut e o Twitter. O Orkut foi uma comunidade online desenvolvida para a interação de pessoas, estabelecendo relacionamentos e criação de comunidades com interesses comuns. Teve seu cancelamento em 2014, tendo em vista a grande baixa no número de usuários que aderiram ao Facebook. O Twitter foi fundado em 2006, sendo o sistema de mensagens curtas (de até 140 caracteres) que mais se expandiu mundo afora.

Uma das principais dificuldades que as pessoas com deficiência visual enfrentavam é relacionada com as imagens, as quais os programas leitores de telas não conseguiam “ler”.

A pessoa com deficiência saberia da existência da imagem, mas não conseguiria identificar o seu conteúdo. Para resolver essa situação, desenvolveu-se a ideia de incluir uma descrição, por extenso das fotografias para que os leitores conseguissem identifica-las por meio de atributo “all text” (no Brasil, muito se encontra a #PraCegoVer). É, portanto, uma adaptação totalmente trivial e,

mesmo assim, apta a melhorar incrivelmente a navegação das pessoas com deficiência visual (COHEN, 2018, p. 237).

Ressalta-se que tal *hashtag* é uma criação da própria comunidade, criada por uma professora de braile e ganhou campo em todo o país, tendo em vista que empresas, universidades, órgãos estaduais, federais e municipais, passaram a utilizá-la para propagar sua mensagem.

“É um projeto de disseminação da cultura da acessibilidade nas redes sociais e tem por princípio a Audiodescrição de imagens para apreciação das pessoas com deficiência visual. Foi idealizado pela professora baiana Patrícia Silva de Jesus” (www.mwpt.com.br).

Cita-se o Estado do Ceará, onde na cidade de Fortaleza o projeto encontra-se presente na Lei Municipal nº 10.668/2018 (Estatuto Municipal da Pessoa com Deficiência), onde todas as páginas, em redes sociais, de serviços públicos devem conter a *hashtag* e a descrição da imagem. A Prefeitura de Salvador também tornou obrigatório o uso da *hashtag* a partir da lei municipal 9.436/2019.

Não foi possível mensurar o número de citações da *hashtag* na rede social Facebook e Twitter, porém, ao efetuar pesquisa no Instagram, têm-se cerca de 411.501 menções este projeto. Nota-se, deste modo, o empenho da sociedade em incluir as pessoas com deficiência nos ambientes cada vez mais comuns para propagação de ideias, pensamentos e informações, como são as mídias sociais. Porém, levando-se em consideração a média de 6 milhões de pessoas com deficiência visual no Brasil, necessita-se que haja uma consciência maior acerca do projeto e da importância da inclusão das pessoas com deficiência visual nas mídias sociais.

## 5. Considerações finais

No presente trabalho buscou-se efetuar uma análise acerca da inclusão das pessoas com deficiência visual a partir de um projeto social denominado Pra Cego Ver. Tal projeto consiste no uso de uma

*hashtag* seguida pelo nome do projeto e com uma descrição da imagem que se encontra na publicação efetuada nas redes sociais.

Para verificar a efetividade de tal projeto social, o presente trabalho dividiu-se em três partes, sendo na primeira apresentados pontos pertinentes à dignidade da pessoa humana e o direito ao acesso à informação e à comunicação. Sabe-se que a máxima da dignidade, assim como a proteção e garantia dos direitos fundamentais em um país tão extenso como o Brasil, fica prejudicada, tendo em vista que o Estado, mesmo diante de seu papel garantista e intervencionista em relações de desigualdade é, de certo modo, ineficaz.

Na segunda parte do trabalho foi apresentada a sociedade da informação e as mídias sociais, explanando-se sobre a rapidez com que as tecnologias ingressaram na vida da população efetuando grandes mudanças comportamentais nas sociedades. É referida a importância das mídias sociais para a organização de manifestações sociais, divulgação de informações e notícias de utilidade pública. Porém, nota-se que mesmo com a importância de tais mídias e com o acesso facilitado às informações, algumas pessoas restam compreendidas como “excluídos digitais”. Tais excluídos são pessoas que não possuem acesso às mídias sociais seja por questões financeiras, seja por analfabetismo digital, seja por deficiências que prejudiquem o seu acesso do modo como ocorre com as demais pessoas.

É diante da situação dos excluídos digitais que, na terceira parte do trabalho passa-se a abordagem sobre as pessoas com deficiência visual. As pessoas com deficiência passaram ser melhores protegidas diante da Convenção Americana sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, posteriormente, deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, onde constam normas, deveres sociais e garantias fundamentais para essas pessoas.

A fim de efetuar uma melhor e mais efetiva inclusão das pessoas com deficiência visual nas mídias sociais, surge a ideia da criação de uma *hashtag*, denominada Pra cego ver, onde, após mencioná-la, faz-se uma descrição da imagem que consta na

publicação, fazendo com que a pessoa com deficiência visual possa “ver”, através da audiodescrição, a imagem.

Tal *hashtag* tem ganhado campo nas mídias sociais, grandes empresas, universidades, órgãos municipais, estaduais e federais, seja nos âmbitos executivo, legislativo e judiciário, têm utilizado a mesma. Como o problema proposto consistia em analisar se houve a inclusão de pessoas com deficiência nas mídias sociais a partir da *hashtag* pra cego ver, pode-se concluir, através da pesquisa efetuada, que a *hashtag* tem colaborado sim, e muito, para que as pessoas com deficiência tenham melhor acesso a informações e, consequentemente, sejam melhores incluídas no mundo digital. Porém, ressalta-se que ainda é um número pequeno perto do grande número de usuários de tais mídias sociais.

Desta forma, o projeto pode ser considerado como um primeiro passo, que vem dando resultados. Resultados estes que podem ser notados a partir das leis municipais efetuadas pelas cidades de Fortaleza e Salvador, incluindo a obrigatoriedade de utilização da *hashtag* para transmissão de informações de utilidade pública.

## Referências

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- BOFF, S. O; MARQUES, T. S. Os direitos fundamentais como fundamento para a ação das redes sociais no fomento ao exercício da democracia. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.) *Temas atuais de direito da sociedade da informação*. 2015. P. 311-326.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 22 jan. 2019.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Ixtlan, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COHEN, Fernanda. Art. 63. In: BARBOZA, H. H.; ALMEIDA, V. (Orgs.) *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 234-239.

*Criadora do projeto #PraCegoVer incentiva a descrição de imagens na web*. Disponível em: <http://mwpt.com.br/criadora-do-projeto-pracegover-incentiva-descricao-de-imagens-na-web/>. Acesso em 22 jan. 2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011.

LEITE, Flavia Piva Almeida. Arts. 53 a 62. In: LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. da (Org.) *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 236-268.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTARDO, S. P; PASSERINO, L. M; BEZ, M. R. Acessibilidade digital em blogs: limites e possibilidades para socialização on-line de Pessoas com Necessidades Especiais (PNE). In: *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*, enero – abr 2008. Disponível em: <http://redessociaiseinclusao.pbworks.com/f/ASandraMontardo-LilianaPasserino-MariaBez.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MONTARDO, S. P; RAUBER, L. H. Inclusão digital em sites de redes sociais: usabilidade das interfaces do Twitter e do Orkut para pessoas com deficiência virtual. In: *Inclusão Social*. Brasília, DF, v. 5, p. 32-43, jul/dez 2011. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1664>. Acesso em 20 jan. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo*. Estud. av., São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, Abr. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So103-40142016000100269&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-40142016000100269&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/So103-40142016.00100017>.





## **II - Direitos fundamentais na perspectiva do direito do consumidor**



## **A obsolescência planejada de telefones móveis e o desrespeito ao direito de informação do consumidor**

*Camila Possan de Oliveira*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

A tecnologia vem evoluindo cada vez mais rápido, o que tem trazido incontáveis benefícios à sociedade como, por exemplo, a criação de equipamentos hospitalares de última geração e a fabricação de aparelhos eletrônicos com cada vez mais funcionalidades. Esta evolução veio acompanhada de alguns pontos negativos, sendo o abordado no presente estudo a obsolescência programada, que é uma artimanha dos fabricantes para que os consumidores troquem seus bens de forma cada vez mais frequente.

O tema em abordagem foi escolhido pela necessidade sentida, por parte da autora, de conscientização da sociedade quanto à produção despreocupada de lixo eletrônico pelas grandes empresas de tecnologia. O trabalho visa clamar pelo fim da aquisição desenfreada de telefones móveis, bem como pelo respeito ao direito de informação do consumidor.

Assim, o problema a ser enfrentado pela pesquisa é se existem meios ao alcance do consumidor para obstaculizar o fenômeno da obsolescência programada e a desenfreada produção de lixo eletrônico.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Consumidor e da Concorrência pela UFRGS. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito do Consumidor. Pós-graduanda em Direito Bancário na Verbo Jurídico. Correio eletrônico: camila.possan@acad.pucrs.br

O trabalho tem como objetivo compreender o fenômeno da obsolescência programada através da sua conceituação e exemplificação, bem como por meio de revisão de bibliografia em direito do consumidor. Além disso, visa listar, de forma não exaustiva, os prejuízos trazidos por esta prática mercadológica e averiguar, se existem - e quais são - os meios para combatê-la. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo (do geral para o específico).

## **2. O fenômeno da obsolescência programada incidente em telefones móveis e sua relação com a internet das coisas**

A obsolescência programada, também conhecida como obsolescência induzida ou planejada, é um fenômeno que tem sido sentido cada vez com mais rapidez e intensidade por toda a sociedade de consumo. Nos últimos anos recebeu maior enfoque por parte dos estudiosos de direito do consumidor, ambiental e, também, da concorrência. Nesse estudo, será abordada a obsolescência programada incidente nos produtos eletrônicos, mais especificamente nos telefones móveis, sob a ótica do direito do consumidor.

Esse fenômeno tem sido conceituado como uma “conduta através da qual os produtos lançados no mercado são fabricados para durarem por um prazo cada vez mais curto [...] possuindo uma vida útil cada vez menor” (CABRAL; RODRIGUES, 2012, p. 35), ou ainda, como “a redução artificial de durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, conseqüentemente, com uma frequência maior, do que fariam naturalmente” (VIO, 2004, p. 193).

A obsolescência planejada e a Internet das coisas têm algo em comum: o seu *boom* é agora, ou seja, a partir dos anos 2010 a população mundial pôde sentir em maior escala a presença das duas. Portanto, como anteriormente a obsolescência programada já

foi definida, resta agora traçar algumas linhas sobre a Internet das coisas para a compreensão dos dois fenômenos e da sua conexão.

A Internet das coisas, também conhecida como Internet dos objetos, ou ainda, em seu nome original, *Internet of things* (abreviada como IoT) significa “a próxima evolução da Internet, dando um grande salto na capacidade de coletar, analisar e distribuir dados” (EVANS, 2011, p. 2) para que estes, por sua vez, sejam transformados em informação.

O instituto tem sido definido como “o momento exato em que foram conectados à Internet mais “coisas ou objetos” do que pessoas” (EVANS, 2011, p.2) e também como algo que se refere

à integração de objetos físicos e virtuais em redes conectadas à Internet, permitindo que “coisas” colem, troquem e armazenem uma enorme quantidade de dados numa nuvem, em que uma vez processados e analisados esses dados, gerem informações e serviços em escala inimaginável. (HYGGO, 2015, p. 7)

O seu surgimento é objeto de controvérsia entre os pesquisadores, uma vez que há quem acredite que o instituto tenha em torno de dez anos<sup>2</sup>, mas também, há quem acredite que o mesmo possua em torno de vinte anos<sup>3</sup>. Todavia, em que pese a controvérsia com relação ao tempo de nascimento da Internet dos objetos, é unânime que ela é importante para a sociedade global e que não é possível imaginar um mundo moderno e sociedades desenvolvidas, ou em desenvolvimento, sem a sua presença e a existência dos produtos inteligentes que ela traz consigo.

Para compreender o tamanho da Internet das coisas em nossas vidas e o impacto que ela causa nas relações humanas, é preciso analisar alguns números, tais como: número da população mundial e o número de dispositivos conectados à Internet. Dessa

---

<sup>2</sup> Para Dave Evans a Internet das coisas nasceu entre 2008 e 2009. (EVANS, 2011, p. 3)

<sup>3</sup> Para a Hewlett Packard Enterprise a Internet das coisas possui vinte anos de existência. (HEWLETT PACKARD ENTERPRISE. 2016, p. 6)

maneira, em 2003, estimava-se que a população mundial era composta por 6,3 bilhões de pessoas, ao passo que os dispositivos conectados à Internet eram na quantidade de 500 milhões, de forma que a média de dispositivos era de 0,08 por pessoa (EVANS, 2011, p. 3). O resultado menor que um dispositivo por pessoa foi obtido porque muitos lugares do planeta ainda não possuíam conectividade à Internet. Assim explica Dave Evans:

o número de dispositivos conectados por pessoa pode parecer baixo. Isso ocorre porque o cálculo tem por base a população inteira do mundo, com grande parte ainda não conectada à Internet. Ao reduzir a amostra da população para pessoas conectadas à Internet, o número de dispositivos conectados por pessoa aumenta consideravelmente. (EVANS, 2011, p. 3)

Já no ano de 2010 a população global atingiu o patamar de 6,8 bilhões de pessoas, na medida em que o número de dispositivos conectados à Internet alcançou 12,5 bilhões, de forma que a média, então, passou para 1,84 dispositivos conectados à Internet, *per capita*, e pela primeira vez ultrapassou a média de um dispositivo por pessoa (EVANS, 2011, p. 3).

No ano de 2018 a população mundial estimada apurada foi de 7,6 bilhões de pessoas (WORLDOMETERS, 2018), o número de dispositivos conectados à Internet neste ano ainda não foi apurado<sup>4</sup>, todavia, já existem algumas projeções para o ano de 2020 no sentido de que a população terrestre será de 7,7 bilhões (POPULATION PYRAMID, 2018) e o número de dispositivos conectados à Internet será de 50 bilhões (EXAME, 2014) o que significará um índice de 6,49 dispositivos por pessoa.

Ainda, em 2017 o número de usuários de telefone celular conectados à Internet no mundo superou o patamar de 5 milhões,

---

<sup>4</sup> Os números referentes a quantidade de dispositivos conectados à Internet em 2018 ainda não haviam sido publicados durante a elaboração do presente trabalho.

conforme apurou a GSMA<sup>5</sup> no relatório The Mobile Economy 2018. E a estimativa é de que até 2025 os usuários conectados sejam 5,9 bilhões, o que significaria 71% da população mundial (GSMA, 2018, p. 2).

Ao mesmo tempo em que números como os apresentados significam que grande parte da população mundial tem acesso à Internet e aos telefones móveis e, que este setor econômico vem crescendo, os números apurados geram preocupação com relação ao lixo eletrônico gerado, pois cada pessoa, certamente, teve mais de um aparelho até o momento.

Quando se fala em dispositivos conectados à Internet a tendência é que se pense em *smartphones* e *tablets*, porém existe uma grande gama de produtos conectados – todos eles sujeitos à obsolescência programada. O estudo, porém, foca na obsolescência planejada incidente em telefones móveis, pois estes são, dos itens eletrônicos, os mais utilizados pelo homem médio, de forma que mesmo com toda a disponibilidade de tecnologia, ainda não são todas as pessoas que possuem um computador ou um *tablet*, mas um telefone móvel, ou celular, tornou-se parte da vida e uma “quase parte do corpo”.

Nos telefones celulares o fenômeno em abordagem acontece de três formas, via de regra: a obsolescência do *software*, a obsolescência do *hardware* e a obsolescência da apresentação/aparência. No primeiro caso, o de obsolescência de *software*<sup>6</sup>, um sistema operacional mais atualizado é lançado e aquele que o consumidor possui instalado em seu aparelho não atende mais as suas necessidades, ou seja, o telefone móvel não consegue ter acesso a determinadas aplicações ou fica com a

---

<sup>5</sup> Impende ressaltar que a GSMA é uma reconhecida representante dos interesses de operadoras de telefones móveis de todo o globo, incluindo fabricantes, desenvolvedores de sistemas operacionais e operadoras de Internet.

<sup>6</sup> *Software* é “qualquer programa ou grupo de programas que instrui o hardware sobre a maneira como ele deve executar uma tarefa, inclusive sistemas operacionais, processadores de texto e programas de aplicação”. De acordo com o dicionário Michaelis, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=o&f=o&t=o&palavra=software> Acesso em: 03/04/2018.



velocidade de operação do aparelho reduzida, assim, torna-se demorada a inicialização do telefone e de seus aplicativos, impedindo que o consumidor telefone, envie mensagens e acesse redes sociais na velocidade que o mundo exige dele.

No segundo caso, o de obsolescência de *hardware*<sup>7</sup>, o telefone celular do consumidor sofre algum dano físico que demanda reparo, todavia, ao procurar o profissional que execute este tipo de conserto, ele acaba por descobrir que as peças das quais necessita não estão disponíveis à venda ou possuem um custo tão elevado – ainda mais se somadas aos honorários do profissional que executa o serviço – que vale a pena comprar um aparelho novo.

No terceiro caso de obsolescência, a que envolve o *design* do produto, o fabricante lança novos aparelhos celulares mudando detalhes do telefone, ou até mesmo, quase que a totalidade da sua apresentação e, essa situação somada ao *marketing* envolvido, faz com que o consumidor sinta a urgência em trocar seu bem, pois passa a ver o que possui como ultrapassado.

Esta sistemática instituída pelos grandes fabricantes de telefones portáteis tem feito com que o lixo eletrônico aumente em progressão geométrica sem nenhuma, ou pouca, preocupação com as questões ambientais envolvidas. O consumidor médio, via de regra, possui uma certa consciência sobre o lixo eletrônico que produz nesta troca desenfreada de aparelhos, mas precisa de um telefone celular que atenda suas necessidades. O fabricante também tem esta sabença, todavia, seu lucro é a prioridade, de forma que as questões de proteção ao meio ambiente ficam para depois, a encargo da próxima geração.

Os números sobre o lixo eletrônico no planeta são assustadores pois, conforme o relatório da Plataforma para Aceleração da Economia Circular (PACE) e da Coalizão das Nações Unidas sobre Lixo Eletrônico divulgado em Davos, Suíça, em 24 de janeiro de 2019:

---

<sup>7</sup> *Hardware* é o “conjunto de unidades físicas, componentes, circuitos integrados, discos e mecanismos que compõem um computador ou seus periféricos”. De acordo com o dicionário Michaelis, disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=DneM> Acesso em: 03/04/2018.

1) em 2016 foram geradas 44,7 milhões de toneladas métricas de lixo eletrônico, o que significa o equivalente à 6 quilogramas de lixo para cada pessoa do planeta; 2) metade de todo o lixo eletrônico é composta por dispositivos pessoais como computadores, *tablets* e telefones celulares; 3) apenas 20% do lixo eletrônico é formal e adequadamente reciclado; 4) a tendência é que em 2050, caso não seja tomada nenhuma medida para corrigir a produção desenfreada de lixo eletrônico causada pela substituição muito rápida de produtos eletrônico, a quantidade de *e-waste* alcance os 120 milhões de toneladas (UNITED NATIONS, 2019, p. 5-9).

Ocorre que poucos são os consumidores que têm total ou algum conhecimento de que o seu telefone, em verdade, foi planejado para não ter um bom desempenho por mais do que um determinado tempo. Ou seja, o consumidor observa que seus dispositivos eletrônicos sofrem drásticas mudanças de funcionamento – para a pior – ao decorrer de um, não tão longo, lapso temporal. E, assim, sofrendo o cotidiano assédio de consumo, além de sentir o incômodo de um mau desempenho do seu aparelho eletrônico, acaba por comprar um novo, e aquele anterior vira um simples pedaço de lixo sem nenhuma utilidade ou valor econômico.

A grande preocupação que esse cenário causa, como já mencionado, dá-se quanto ao lixo produzido e descartado, e, em especial o direito à informação.

Por esses motivos, o relatório da Plataforma para Aceleração da Economia Circular (PACE) e da Coalizão das Nações Unidas sobre Lixo Eletrônico propõe uma nova visão circular para os eletrônicos no sentido de que após a sua vida útil eles ainda possam continuar um ciclo, em vez de ir para os lixões. Para seguir esse plano o relatório orienta que os produtos tenham um *design* que vise a durabilidade, reciclagem correta e reutilização, que a sucata proveniente desses produtos seja reintroduzida na fabricação de novos eletrônicos, que os produtos tenham maior durabilidade e que, quando necessário, recebam reparos avançados e eficientes. Além disso, propõe que o mercado dos produtos de segunda mão

seja fomentado, que seja observado um maior cuidado na coleta de eletrônicos que não sejam mais úteis aos consumidores e, por fim, que sejam criadas políticas para incentivar a reciclagem e a integração de conteúdo reciclado em novos produtos eletrônicos. (UNITED NATIONS, 2019, p. 16)

### **3. Reflexos da obsolescência programada no direito de informação do consumidor**

É preciso frisar que a informação enquanto princípio constante da Política Nacional das Relações de Consumo está prevista no artigo 4º, IV<sup>8</sup> do Código de Defesa do Consumidor. Já como um direito básico do consumidor – que é o que importa ao presente estudo – encontra-se previsto no artigo 6º, III da mesma lei que o define como “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (BRASIL, 1990, art. 6º, III).

Este dispositivo legal que define a informação como um direito básico do consumidor tem sido entendido como uma forma de realizar a transparência no mercado (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 80), de maneira que informando o consumidor adequada e claramente sobre o produto e serviço que está sendo adquirido, o fornecedor estará agindo com a boa-fé objetiva dele esperada. Portanto, a educação informacional do consumidor é uma obrigação do agente da relação de consumo que se encontra na posição de fornecedor ou fabricante, devendo este não só informar

---

<sup>8</sup> Assim dispõe o artigo: Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...] III - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.” (BRASIL, 1990)

o consumidor acerca do produto ou serviço, mas informar bem (DENSA, 2012, p. 36).

Antes de abordar, especificamente, o desrespeito ao direito de informação do consumidor como uma das consequências mais graves da obsolescência programada, é necessário verificar quais são os direitos básicos do consumidor e os princípios gerais das relações de consumo.

A boa-fé objetiva, conforme Sergio Cavalieri Filho, “indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 39), além disso, serve como um norteador da conduta social (AZEVEDO, 2015, p. 29). É necessário ressaltar que esse princípio faz com que o ordenamento jurídico brasileiro não abarque direitos absolutos, não podendo o titular de um direito agir esquecendo-se da probidade e da lealdade, por esses motivos a boa-fé objetiva traz uma série de deveres anexos consigo (SANT'ANNA; PEREIRA; CONSALTER, 2018, *online*). Dessa forma:

[...] visando evitar/mitigar abusos e excessos, é que se passou a estabelecer deveres anexos (divididos em: dever de informação, de cooperação e de proteção ou cuidado), que ampliam os efeitos do princípio da boa-fé objetiva. (SANT'ANNA; PEREIRA; CONSALTER, 2018, *online*).

A equidade diz respeito a um negócio que deve ser ou já está sendo executado entre as partes, ou ainda, “quando o pacto deve surtir seus efeitos” (MARQUES, 2014, p. 950), e significa equilíbrio contratual de forma que os contratos de consumo não podem conter cláusulas abusivas, nem ficar engessados à ideia do *pacta sunt servanda*, mas sim, devem estar de acordo “com os legítimos interesses e expectativas dos consumidores” (MARQUES, 2014, p. 950) podendo, para isso, sofrer revisão em juízo.

O princípio da transparência tem como ideia central aproximar o consumidor e o fornecedor para que possam alcançar

uma relação com maior sinceridade, sem que sejam causados danos ao ente vulnerável, por isso, pode-se dizer que esse princípio é uma soma de outros, tais como informação, lealdade e respeito (MARQUES, 2014, p. 783-784). Ou ainda, “*transparência* é maior clareza, é veracidade e respeito, através de maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor, em especial, na fase pré-contratual” (MARQUES, 2014, p. 840, grifos no original) e é por isso que a transparência acompanha a confiança (MARQUES, 2004, p. 141), pois já que o consumidor deposita sua confiança em um determinado fornecedor, este deve agir com transparência, apresentando qualidade de informações, sempre oferecendo segurança em seus produtos e serviços.

Por sua vez, a confiança depositada pelo consumidor no fornecedor, com relação ao serviço ou produto, deve ser preservada. É necessário frisar que essa confiança não diz respeito apenas à correta, completa e satisfatória prestação do serviço ou fornecimento do produto, mas também quanto à segurança do consumidor e de terceiros, conforme Cláudia Lima Marques (2014, p. 1286). Portanto:

É o *princípio básico da confiança*, instituído pelo CDC para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor e sua continuação no tempo. (MARQUES, 2014, p. 1288, grifos no original)

No que diz respeito ao princípio da vulnerabilidade, ele advém da percepção do legislador - quando da concepção do Código de Defesa do Consumidor - sobre a existência de um desequilíbrio entre consumidor e fornecedor (ou fabricante), de forma que a lei protetiva foi moldada para ordenar a proteção daqueles "que se submetem ao poder de controle empresarial" (BITENCOURT, 2004,

p. 256). O princípio da vulnerabilidade, de acordo com Ney Queiroz de Azevedo significa que deve ser buscado o equilíbrio nas relações de consumo por meio da elaboração de políticas públicas que sejam capazes de colocar os consumidores em um mesmo patamar que os fornecedores (2015, p. 29). Dessa maneira, o princípio preceitua que os instrumentos utilizados para a defesa do consumidor devem ser efetivos e suficientes, de modo que essa figura mais fraca da relação de consumo seja fortalecida, frente ao fornecedor, para que a vulnerabilidade seja afastada (CAMPOMIZZI, 2014, p. 55) ou ainda, para que o fornecedor não se valha da sua superioridade técnica, econômica ou jurídica para lesar o consumidor.

O princípio da segurança, para Sergio Cavalieri Filho, é um dos princípios regentes das relações de consumo que possui maior importância, uma vez que estrutura a sistemática da responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor (2011, p. 52). De acordo com esse princípio os produtos e serviços devem oferecer segurança ao consumidor, seja ela física, psíquica ou material.

Quanto ao princípio da informação, ele abrange tanto os fornecedores como os consumidores, pois ao passo que para os primeiros é um dever, para os segundos é um direito que visa à melhora do mercado de consumo. De acordo com Maria Eugênia Reis Finkelstein e Fernando Sacco Neto “este princípio reflete o fato de serem a educação e a informação obrigações tanto do Estado, quanto da iniciativa privada e das organizações de defesa do consumidor” (2010, p. 26).

Os direitos básicos do consumidor podem ser considerados uma verdadeira materialização dos princípios norteadores das relações de consumo acima elencados e constantes no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (AZEVEDO, 2015, p. 29). Os direitos básicos do consumidor, por sua vez, encontram-se previstos no artigo 6º da mesma lei e podem ser elencados como sendo os seguintes:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012); IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. (BRASIL, 1990, art. 6º)

Quanto ao direito básico previsto no inciso I, ele significa que os consumidores não devem ser expostos a perigos, causados por serviços e produtos, que ponham em risco a sua incolumidade física (FINKELSTEIN; SACCO NETO, 2010, p. 29).

Já o inciso II garante a educação para o consumo como meio de assegurar a liberdade de escolha e, também, a igualdade nas contratações. A educação, nesse caso, é uma responsabilidade não apenas do fornecedor, mas também dos órgãos públicos (FINKELSTEIN; SACCO NETO, 2010, p. 30) de forma que sua função

é deixar o consumidor alerta e ciente dos possíveis riscos que possam atingir sua saúde, segurança e, até mesmo, sua vida.

No que diz respeito ao inciso III, que prevê o direito básico à informação clara e adequada sobre produtos e serviços, é necessário frisar que a qualidade e a quantidade de informações prestadas aos consumidores significa liberdade de escolha e igualdade nas contratações (BESSA; MOURA; SILVA, 2014, p. 91). Ainda, pode-se dizer que o direito básico do consumidor em receber a informação correta sobre o produto ou serviço que contrata e consome é tão importante que ele garante, também, o exercício do direito de escolha (HUPFFER; POL, 2017, p. 43).

O inciso IV prevê como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, contra métodos comerciais coercitivos ou desleais e, ainda, contra cláusulas e práticas abusivas nas relações de consumo. Evidentemente, esse dispositivo traz uma ampla gama de proteção ao consumidor antes mesmo de firmar o contrato de consumo (como no caso da publicidade onde o consumidor encontra-se, ainda, conhecendo o produto e formando sua opinião sobre a necessidade de consumi-lo ou não), passando pela fase de cumprimento do contrato (nesse caso poderia o fornecedor querer fazer cumprir as cláusulas abusivas previstas no instrumento contratual), ou ainda, após o término da execução do contrato (caso em que o fornecedor poderia realizar a conduta prevista no inciso VII do artigo 39 que prevê a prática abusiva de repasse de informações depreciativas sobre o consumidor).

O direito básico de “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990) encontra-se previsto no inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e garante que o consumidor não será obrigado a cumprir o contrato nos moldes entabulados quando esse apresentar alguma abusividade ou desproporcionalidade, ou ainda, caso ocorram fatos posteriores que impeçam o cumprimento do mesmo. Esse preceito representa uma verdadeira "busca pelo



equilíbrio nas relações de consumo, ao proibir abusos por parte de fornecedores" (AZEVEDO, 2015, p. 29).

Por sua vez, o inciso VI prevê o direito básico de prevenção e reparação de danos aos consumidores nas modalidades moral, patrimonial, individual, coletivo ou, ainda, difuso. Para compreender esse direito básico é necessário grifar a diferença entre dano moral e patrimonial e, ainda, entre dano individual, coletivo e difuso.

O dano moral envolve o ferimento de sentimentos de foro íntimo do consumidor, a forma como o sujeito se vê perante o mundo e pode afetar seu bem-estar, sua honra e variadas esferas da vida. Sobre essa espécie de dano André Gustavo de Andrade defende que "O dano será a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão" (2003, p. 164). Já o dano patrimonial, como o próprio nome indica, envolve o patrimônio de valor monetário do consumidor.

No caso de dano individual, o fornecedor não observa o respeito dos direitos individuais do consumidor, ao passo que no caso de danos coletivos são desrespeitados direitos transindividuais cuja natureza não pode ser dividida, nesse caso o grupo de pessoas a que pertencem é determinado, estando ligados entre si ou com o fornecedor por uma relação jurídica base (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 522). Por sua vez, os danos difusos são aqueles que ofendem direitos que "independem da existência de uma relação jurídica anterior entre seus titulares e aqueles contra quem serão tutelados" (MIRAGEM, 2013, p. 632), caso este que pode ser exemplificado com a situação da veiculação de uma propaganda enganosa, pois basta a potencialidade da ocorrência do dano para que se configure o interesse difuso de coibir a continuidade de tal propaganda (MIRAGEM, 2013, p. 633).

Ainda, o direito básico de "acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados" (BRASIL, 1993, art. 6º, VII) encontra-se previsto no inciso VII e pode

ser traduzido como um direito básico de acesso, do consumidor, à justiça. A previsão de tal direito no rol do artigo 6º ocorre porque a extensa gama de direitos prevista na lei protetiva consumerista seria inútil caso o consumidor não conseguisse levar até o poder judiciário suas demandas.

Nessa ordem de ideias, o inciso VIII prevê como direito básico a facilitação da sua defesa em juízo e, para tanto, determina a inversão do ônus da prova nas situações em que o consumidor comprovar ser hipossuficiente ou for verossímil a sua alegação. Sobre a verossimilhança das alegações, ela significa que o consumidor deve trazer argumentos “coerentes, plausíveis, razoáveis” (BESSA; MOURA; SILVA, 2014, p. 99) e, sobre a hipossuficiência é dito que ela é a demonstração evidente de que o consumidor tem dificuldade em produzir certa prova no processo (BESSA; MOURA; SILVA, 2014, p. 99).

E, por fim, o último direito básico dos consumidores previsto no rol do artigo 6º é o do inciso X que garante aos consumidores “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (BRASIL, 1990, art. 6º, X). Tal direito significa que, assim como os fabricantes e fornecedores de produtos e serviços devem observar qualidade e eficácia no fornecimento, o poder público também não pode se eximir desta obrigação, dessa forma, por exemplo, devendo proporcionar um adequado fornecimento de água, luz, saúde pública e transporte públicos.

O que tem acontecido, todavia, é que diversos direitos básicos do consumidor têm sido desrespeitados pela indústria responsável pelo crescimento da obsolescência planejada, em especial o de receber informações sobre os produtos que adquire. Isto porque o consumidor, ao adquirir um dispositivo eletrônico, como um telefone celular, imagina ser este um bem durável sem prazo para deixar de ter um desempenho satisfatório. Porém, em realidade, o fabricante já estipulou o prazo de duração daquele produto e, aos poucos, seja por sucessivas atualizações de sistema operacional, ou pelo lançamento de aplicações que só possam ser reproduzidas em

sistemas mais modernos, ou pela falta da fabricação de peças para possíveis necessários consertos ou, por fim, pela falta de qualificação de profissionais aptos a prestar assistência técnica.

Desta forma, temos o ferimento de um direito básico do consumidor, além da produção desenfreada de lixo eletrônico sem qualquer preocupação com o meio ambiente nem com as gerações futuras, portanto, algumas medidas deverão ser tomadas para o enfrentamento deste grande mal que adoece a sociedade moderna: a obsolescência programada. E estas medidas começam, principalmente, com a mudança do pensamento de cada cidadão, que deve pensar mais em proteger o meio ambiente para as gerações futuras e menos em que adquirir é necessário para ser feliz. Além disso, o usuário dos telefones móveis deve optar pelo consumo consciente destes eletrônicos podendo, até mesmo, fazer resistência, ainda que pequena, frente aos grandes fabricantes de telefones, deixando de trocar o seu por razões de design e, quanto aos problemas de *hardware* e *software* pode ingressar em juízo para exigir a reposição de peças e reparos.

#### **4. Considerações finais**

A obsolescência programada é um fenômeno presente na sociedade moderna que enseja a troca, mais frequente do que o normal, dos bens de consumo. Esta prática dos fornecedores e fabricantes de produtos é meticulosamente idealizada para aumentar as vendas e fazer com que o mercado mantenha a circulação de riquezas, porém, como consequência negativa, desrespeita, principalmente, o direito do consumidor de ser informado sobre os produtos que adquire. Isto porque, o consumidor médio, ao comprar determinados bens duráveis, não é informado de que estes possuem, na verdade, um prazo de duração que, ao decorrido, fará com que aquele bem não mais se preste aos fins que se destinava inicialmente.

Esta prática deve ser combatida incisivamente pelos operadores do direito e, também, pela sociedade em geral, assim, poderemos contar com produtos mais duradouros e a redução da produção de lixo – principalmente quanto aos aparelhos eletrônicos.

## 5. Referências

- ALMEIDA, Hyggo. **Apresentação – Internet das Coisas: Tudo conectado. Revista da Sociedade Brasileira de Computação**. v. 29. Abril/2015. p. 7. Disponível em: [http://www.sbc.org.br/images/flippingbook/computacaobrasil/computa\\_29\\_pdf/comp\\_brasil\\_2015\\_4.pdf](http://www.sbc.org.br/images/flippingbook/computacaobrasil/computa_29_pdf/comp_brasil_2015_4.pdf) Acesso em: 30/09/2018.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003.
- AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Direito do Consumidor [livro eletrônico]**. Curitiba: InterSaber, 2015.
- BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de; SILVA, Juliana Pereira (coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.
- BITENCOURT, Jose Ozorio de Souza. O princípio da vulnerabilidade: Fundamento da proteção jurídica do consumidor. **Revista da EMERJ**. p. 248-265. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004, v. 7, n. 25.
- BRASIL. **Lei 8.078 de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12.9.1990.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 35-58, dez. 2011/jan. 2012.

CAMPOMIZZI, Jacson. Ir além do princípio da vulnerabilidade em favor do protagonismo do consumidor nas relações de consumo. **MPMG Jurídico**. Belo Horizonte, p. 54-56, maio 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EVANS, Dave. **A Internet das Coisas: Como a próxima evolução da Internet está mudando tudo**. Publicado em abril de 2011. Disponível em: [https://www.cisco.com/c/dam/global/pt.../internet\\_of\\_things\\_iiot\\_ibsg\\_0411final.pdf](https://www.cisco.com/c/dam/global/pt.../internet_of_things_iiot_ibsg_0411final.pdf) Acesso em: 15/09/2018.

EXAME. **50 bi de dispositivos estarão conectados à internet até 2020**. Publicado em 04/03/2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/50-bi-de-dispositivos-estarao-conectados-a-internet-ate-2020/> Acesso em: 05/12/2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GSMA. **The Mobile Economy 2018 Report**. Disponível em: <https://www.gsma.com/mobileeconomy/wp-content/uploads/2018/05/The-Mobile-Economy-2018.pdf> Acesso em: 01/02/2019.

HEWLETT PACKARD ENTERPRISE. **A Internet das Coisas: Hoje e Amanhã**. 2016. Disponível em: [https://www.arubanetworks.com/assets/\\_pt-br/eo/HPE\\_Aruba\\_IoT\\_Research\\_Report.pdf](https://www.arubanetworks.com/assets/_pt-br/eo/HPE_Aruba_IoT_Research_Report.pdf) Acesso em: 25/09/2018.

HUPFFER, Haide Maria; POL, Jeferson Jeldoci. O direito de escolha do consumidor e a necessária informação sobre alimentos com agrotóxicos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. p. 41-67. v. 37.2, jul./dez. 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POPULATION PYRAMID. **População: Mundo 2020**. Disponível em: <https://www.populationpyramid.net/pt/mundo/2020/> Acesso em: 05/12/2018.

SANT'ANNA, Adriana; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 119, set./out. 2018, online.

UNITED NATIONS. **A New Circular Vision for Electronics: Time for a Global Reboot: In support of the United Nations E-waste Coalition**. January 2019. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_A\\_New\\_Circular\\_Vision\\_for\\_Electronics.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf) Acesso em: 01/02/2019.

VIO, Daniel de Avila. O poder econômico e a obsolescência programada de produtos. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 43, n.133, p. 193-202, jan./mar. 2004.

WORLDOMETERS. **Estatísticas do mundo em tempo real**. Disponível em: <http://www.worldometers.info/br/> Acesso em: 04/12/2018.



### **III - Direitos fundamentais, *big data* e proteção de dados**





## **Cadastro ambiental rural, acesso à informação e proteção de dados pessoais**

*Augusto Antônio Fontanive Leal\**

### **Introdução**

A coleta e processamento de informações pelo Poder Público não é uma prática recente. Contudo, com a profusão de disruptivos meios tecnológicos, bem como a partir da implantação de novos bancos de dados, podem surgir conflitos aparentes entre direitos.

É o caso, mais especificamente, do Cadastro Ambiental Rural, um banco de dados dos atributos ambientais do país, sobre o qual é discutida a possibilidade e licitude do Poder Público divulgar abertamente não somente os dados referentes às propriedades ou posses rurais, mas também o nome dos proprietários e respectivas qualificações, o nome das propriedades ou posses, dentre outras informações de cunho privado detidas pelos gestores do cadastro.

Sabendo que o sigilo que recai sobre os dados em poder da Administração Pública não necessariamente são de pessoas naturais, podendo estar direcionais aos dados de pessoas jurídicas, é preciso ressaltar que neste estudo se faz uma análise somente no que diz respeito aos dados de pessoais naturais, o que, mesmo assim, não evita que determinada matéria estudada acabe sendo aplicável, também, para o caso das pessoas jurídicas.

---

\* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: [augustoafleal@gmail.com](mailto:augustoafleal@gmail.com)

Com o objetivo de encontrar uma resposta sobre a possibilidade jurídica de restrição do direito de acesso à informação em benefício do direito fundamental à proteção de dados na presente análise, busca-se no primeiro capítulo definir o Cadastro Ambiental Rural e demonstrar o regime jurídico a ele aplicável. Após, no segundo capítulo, é demonstrada a problemática encontrada na inscrição de dados do CAR quanto à respectiva divulgação de informações pessoais, o que leva, no terceiro capítulo, à realização de um cotejo entre o acesso a informação e a proteção de dados pessoais, almejando demonstrar a necessidade de que dados considerados privados não sejam expostos nas informações dos cadastros disponibilizadas via internet. No quarto e último capítulo, são consideradas questões residuais que envolvem a participação da sociedade e a atuação do Poder Público na tutela do ambiente frente à restrição de acesso aos dados pessoais inscritos no CAR.

## **1. Conceito e base jurídica do Cadastro Ambiental Rural (CAR)**

Uma das inovações trazidas pela Lei n. 12.651/2012, que estabeleceu o Código Florestal, foi a implementação do Cadastro Ambiental Rural (CAR), previsto no Capítulo VI do referido diploma legal. Trata-se de uma ferramenta com a finalidade geral de conservação do ambiente, que objetiva adequar os imóveis rurais ao ordenamento jurídico ambiental, combater o desmatamento legal e monitorar as áreas degradadas em regime de restauração. É certo que o CAR já havia sido criado anteriormente pelo Decreto 7.029/2009, previsto como um dos instrumentos do Programa Mais Ambiente (artigo 3º, II), porém foi somente com o advento do Código Florestal que se tornou possível sua ampla e coordenada efetivação, sendo o Decreto 7.029/2009 posteriormente revogado pelo Decreto 7.830/2012.

Na justificação do CAR consta a ambição de dar um efetivo cumprimento aos objetivos ambientais nacionais e internacionais,

voltando-se para a proteção do ambiente por meio da preservação da flora, entendida como sendo o conjunto de todas as espécies que formam a vegetação de uma determinada área (ALLABY, 1998, p. 176).

A formação do CAR, por constituir um amplo cadastro de todos os imóveis rurais existentes no país, integra o Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente (SINIMA), um dos instrumentos da Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que sistematiza o conjunto de informações ambientais coletadas pelos órgãos públicos, possuindo diversas ramificações em razão da sua utilização para várias funções. Como sistematiza Machado, a ideiação legislativa da informação ambiental no Brasil busca observar duas formas de informação: a comunicação por parte do Poder Público em direção a todos e o livre acesso dos cidadãos à informação (2009, p. 23).

A definição do CAR consta no artigo 29 do Código Florestal, como sendo um registro público eletrônico de circunscrição nacional, constituindo obrigatoriedade para todos os imóveis rurais, que tem por finalidade agregar informações ambientais de propriedade e posses rurais, de modo a formar uma base de dados.

Os imóveis rurais devem ser inscritos no CAR por meio do órgão municipal ou estadual, devendo constar a (a) identificação do proprietário ou possuidor rural, (b) a comprovação da propriedade ou posse e (c) a identificação do imóvel contando com planta e memorial descritivo, com georreferenciamento e constando a localização da vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e da localização da Reserva Legal (artigo 29, §1º, incisos I, II e III, do Código Florestal).

Para a inscrição no CAR, considerando sua obrigatoriedade, foi determinado no artigo 29, §3º, do Código Florestal, o prazo até 31 de dezembro de 2017, sendo que pela permissão legal de prorrogação de mais um ano, foi prorrogado para até 31 de maio de 2018 por meio do Decreto nº 9.257/2017. Por fim, o Decreto

9.395/2018 estendeu o prazo de requerimento de inscrição ao CAR para 31 de dezembro de 2018.

Com o Decreto nº 7.830/2012, a inscrição no CAR foi definida como sendo de natureza declaratória e permanente (artigo 6º), contando com a responsabilização do declarante em sanções penais e administrativas, dentre outras determinadas legalmente, quando houver informações total ou parcialmente falsas, enganosas ou omissas (artigo 6º, §1º). Devido ao fato do registro no CAR ser permanente, consta no decreto a obrigatoriedade de atualização periódica das informações constantes, as quais devem ser sempre realizadas quando houver alteração dominial ou possessória (artigo 6º, §3º).

Para açambarcar o volume de dados dos diversos cadastros ambientais realizados pelo país, o Decreto nº 7.830/2012, no artigo 3º, criou o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR). Diversos são os objetivos da implementação do SICAR, como o recebimento e integração dos dados do CAR de todos os entes federativos, o cadastro e controle das informações pertinentes aos imóveis rurais, a monitoração da cobertura vegetal do país e a promoção do planejamento ambiental e econômico. Disso se depreende que a função primordial do SICAR é a formação de uma completa base de dados de cadastros ambientais rurais realizados por todo o território nacional, possibilitando maior precisão o monitoramento, formulação de estratégias e promoção de planejamentos voltados ao objetivo da conservação ambiental. Com a unificação e disponibilização dos dados, se estaria diante de uma nova ferramenta a favor da proteção, recuperação e manutenção do ambiente (MUNDIM, 2016, p. 165), integrando informações primordiais para uma efetiva gestão ambiental (BARIFOUSE, 2014, p. 110).

Segundo os dados do Boletim Informativo do CAR, com informações até 16 de fevereiro de 2018, a área passível de cadastro no CAR de 397.836.864ha, foi superada pela área total cadastrada de 435.755.724ha. Porém, de todas as áreas cadastradas, resta o

preenchimento por parte da região Nordeste e Centro-oeste, que contam com 89,3% e 97,3%, respectivamente, de áreas cadastradas (BRASIL, 2018).

O imenso volume de dados armazenados no CAR, embora tenha importantes finalidades, não deixa de gerar um impasse no que diz respeito à proteção do conteúdo informativo de caráter pessoal que neles está inserido, sob o qual se pode discutir a respeito da viabilidade ou não do amplo acesso às informações constantes no CAR.

## **2. A questão sobre a proteção de dados pessoais que integram o CAR**

As informações coletadas a respeito do CAR de todos os entes federativos pelo SICAR que versam sobre questões de natureza pública devem ser disponibilizadas via internet<sup>1</sup> (artigo 3º, inciso V, do Decreto nº 7.830/2012), considerando o caráter de registro público eletrônico que define o CAR (Artigo 29 do Código Florestal).

Porém, surgem problemas referentes à disponibilização de dados de caráter privado de uma pessoa física ou jurídica que venham a possibilitar, por exemplo, a averiguação de condições patrimoniais, fiscais e colocam em risco até mesmo à livre-concorrência e a soberania nacional. São problemas que rememoram os antigos imbróglis que levaram à primeira geração de normas de proteção de dados voltadas para a regulamentação da

---

<sup>1</sup> A Lei nº 10.650/2003, que regulamenta o acesso público aos dados e informações contidos em órgãos e entidades que integram o SISNAMA, dispõe em seu artigo 2º como questões especiais para disponibilização as relativas a: “ I - qualidade do meio ambiente; II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; VI - substâncias tóxicas e perigosas; VII - diversidade biológica; VIII - organismos geneticamente modificados.” No caso, parece que o Inciso primeira do supracitado artigo guarda relação direta com as informações provenientes do compêndio de dados do CAR relativos a todo o território brasileiro.

constante coleta de informações realizada pelos governos (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 222).

Como medida solucionadora, a Instrução Normativa nº 3/2014, editada pelo Ministério do Meio Ambiente, instituiu a Política de Integração e Segurança da Informação do Sistema de Cadastro Ambiental Rural. Referida norma proíbe a divulgação das informações relativas ao patrimônio das pessoas físicas e jurídicas armazenadas no SICAR que contam com a proteção do sigilo fiscal do artigo 198 da Lei 5.172/1966 e os incisos I, II e III, do artigo 2º da Portaria nº 2.344/2011.

Baseada nestas normas, a Instrução Normativa proibiu, no artigo 2º, a identificação de proprietários ou possuidores em decorrência de divulgação de CPF, CNPJ, nome, endereços físico e e-mail; associação de propriedades ou posses aos respectivos proprietários ou possuidores; associação de meios de produção ou resultados de produção agrícola ou agroindustrial com respectivos proprietários ou possuidores; e, quaisquer informações de natureza patrimonial. Também, a Instrução Normativa previu a adoção de recursos tecnológicos de segurança para transportes de dispositivos de armazenamento e a comunicação de informações sigilosas ou pessoais em redes de computadores (artigo 6º), o uso de criptografia para proteção de informações pessoais ou sigilosas (artigo 7º), além de propor resguardos de sigilo no âmbito de contratos, convênios, acordos, ajustes, termos de cooperação ou protocolos de intenção que tiverem como parte o Ministério do Meio Ambiente (artigos 9º e 10).

Mesmo com as normas de proteção de dados pessoais e sigilosos, houveram vazamentos de dados do CAR que deveriam ser resguardados, segundo a Instrução Normativa, como ocorreu no caso da divulgação dos nomes de fazendas de produtores (FARIAS, 2016). O problema se agrava com pressões que, de um lado, buscam a ampla e irrestrita divulgação de dados sigilosos e pessoais

presentes nas bases de dados do CAR<sup>2</sup>, inclusive impondo a revogação da Instrução normativa nº 3/2014. De outro lado, é reivindicada a manutenção da segurança de dados sigilosos e pessoais, com critérios de segurança e a responsabilização das autoridades envolvidas em vazamentos (CONFEDERAÇÃO, 2016).

Como observado, tratam-se de questões a respeito da divulgação de dados pessoais e de informações de pessoas jurídicas. Haveria, nesse ínterim, uma contraposição entre a plena publicidade como dever geral e o sigilo como exceção, previsto no artigo 3º, inciso I, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), considerando-se, ainda, o acesso público assegurado a todas as informações ambientais, em conformidade com o artigo 2º da Lei 10.650/2003.

No que tange a possibilidade de divulgação de dados pessoais pelo CAR, importante realizar uma leitura que passe pelo crivo da correspondente proteção com base nos direitos correspondentes à privacidade. Por certo que nem todos dados são pessoais, sendo que para ocorrer essa classificação a informação deve estar vinculada objetivamente a uma pessoa, revelando algo sobre ela, incluindo características ou ações que vão desde o nome civil ou domicílio até seus atos, como consumo, manifestações e opiniões (DONEDA, 2011, p. 93).

Nesse sentido, avaliando a Lei 12.527/2011, pelo seu objetivo de ampla divulgação, excepcionalmente resguardando o sigilo de informações que o Poder Público detiver, revela-se uma relação entre o direito de acesso à informação pública e a proteção de dados pessoais, sendo este um dos temas de maior complexidade e interesse na área (MENDES, 2014, p. 149). Mesmo que o artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXXIII, assegure o acesso às informações constantes em órgãos públicos, seria preciso considerar as ressalvas correspondentes ao sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como previsto *in fine* na citada norma.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, a recomendação do Ministério Público Federal dirigida ao Serviço Florestal Brasileiro e o Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy\\_of\\_Recomendao\\_transparncia\\_CAR\\_MMA\\_1.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_Recomendao_transparncia_CAR_MMA_1.pdf)>. Acesso em 11 abr 20178.



Alinhada a essas ressalvas, a Lei 12.527/2011 define no artigo 31 que o tratamento de informações pessoais deve considerar a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, bem como garantias e liberdades individuais, permitindo o acesso por terceiros somente com autorização legal ou consentimento expresso da pessoa, aparelhando, ainda, a desnecessidade de consentimento do titular das informações em casos específicos (artigo 31, §3º).<sup>3</sup> No caso, as justificativas que prescindem do consentimento devem estar fundamentadas não somente nos pressupostos do §3º, mas também sintonizadas constitucionalmente, considerando que dentre as liberdades individuais estão a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, como previsto no artigo 5º, inciso X.

A estrutura jurídica que estabelece o acesso às informações públicas e as mencionadas hipóteses de restrição, embasadas no caráter pessoal de algumas informações, levam a um diálogo mais profundo que debate temas caros de matiz constitucional. Por isso, a pretensão com que se elabora o próximo capítulo caminha no sentido da análise do direito de acesso à informação e sua restrição mediante a extensão do direito fundamental à proteção de dados.

### **3. Direito fundamental à proteção de dados e restrições ao direito de acesso a informação**

O ponto de partida da proteção das informações pessoais, no ordenamento jurídico brasileiro, são os desdobramentos da tutela do direito à privacidade (DONEDA, 2011, p. 94). Neste sentido, o reconhecimento da proteção de dados pessoais parte de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro que

---

<sup>3</sup> São os casos enumerados pelo artigo 31, §3º: “o consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III - ao cumprimento de ordem judicial; IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante.”

considere os dados pessoais como direitos de personalidade (sem desconsiderar a dignidade da pessoa humana) (RUARO; MOLINARO, 2017, p. 23).

Como afirma Catala, ainda que uma pessoa não seja considerada criadora de determinada informação, o fato de ser a legítima titular de seu conteúdo e, igualmente, um sujeito de direitos, por haver um estreito vínculo entre a informação e o indivíduo, demonstra que a informação é um atributo da personalidade (1998, p. 231-232). Por isso, a proteção de dados, observada como direito, está inserida na tutela da personalidade do cidadão (MENDES, 2014, p. 37), sendo que, com o tempo, a proteção de dados pessoais passou a inserir na continuidade da disciplina da privacidade, atualizações e características próprias, até alcançar um patamar autônomo, formando, ao longo de seu desenvolvimento, as bases do direito fundamental à proteção de dados (DONEDA, 2011, p. 95-96).

Ainda que sem uma disposição expressa no plano jurídico brasileiro, com base em uma associação ao direito à privacidade e o direito à livre disposição sobre dados pessoais, é possível destacar um direito fundamental à proteção de dados pessoais (SARLET, 2017, p. 472-473), dotado de uma dimensão negativa com posições jusfundamentais repartidas em (a) direito de acesso as pessoas para que tenham conhecimento de seus dados pessoais constantes em bancos de dados; (b) direito ao sigilo de dados pessoais por parte dos responsáveis pela elaboração do banco de dados e de terceiros; e (c) direito ao não tratamento de dados informáticos de alguns dados pessoais (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 215)<sup>4</sup>. Por outro lado, o conteúdo do referido direito suscita uma dimensão positiva, mediante a incumbência ao Estado de proteção por prestações normativas e fáticas (SARLET, 2017, p. 474).

---

<sup>4</sup> São estas as posições jusfundamentais de dimensão negativa dispostas por Canotilho e Moreira que, pode-se dizer, possuiriam contato com o direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

Como a violação da privacidade do indivíduo pode ser comprometida em razão do direito de acesso à informação, urge o encontro de um ponto de equilíbrio para o alcance de uma conformação constitucional da lei de acesso (MENDES, 2014, p. 151), o que envolve um adequado balanceamento entre a privacidade e o direito à informação (MENDES, 2014, p. 153) quando da análise de um caso específico.

Assim, no âmbito da divulgação dos dados do CAR, entende-se que devem ser resguardadas informações pessoais, concernentes à vida privada, no que diz respeito à proteção dos dados pessoais que o Poder Público detiver no banco de dados integrado do SICAR. Trata-se de medida que considera o direito de que as pessoas não tenham publicados dados completos a respeito de seu patrimônio, evitando a perda de segurança, bem como revelações que são da esfera privada individual e, em alguns casos, da intimidade. Também, o direito fundamental à proteção de dados pessoais acaba vinculando o Poder Público para que tome todas as medidas necessárias a fim de assegurar o não vazamento ou disponibilização ilegal dos dados pessoais que detiver e que não fazem parte da esfera de dados publicáveis. Como reconhece Limberger, tendo em vista os limites da informação pública (2016, p. 214), o princípio da transparência, participação e controle democrático não exige a publicidade de todas as informações dos cidadãos que estejam de posse do Poder Público (2016, p. 209).

Essa leitura encontra respaldo no objetivo do CAR, previsto no artigo 3º, inciso V, do Decreto 7.830/2012, concernente à disponibilização de informações inscritas que sejam de natureza pública, via internet, sobre a regularização ambiental de imóveis rurais. Razão pela qual a debatida Instrução Normativa nº 3/2014 atenderia aos pressupostos de delinear o caráter público de determinadas informações, alinhando-se aos objetivos do CAR. Essa perspectiva entra em consonância com a permissão de sigilo em decorrência da especificidade do caso, como determinado na Lei 12.527/2011, havendo sintonia, também, com o sigilo assegurado

pela Lei 10.650/2003, no artigo 2º, §2º, reconhecendo-se que o direito à proteção de dados pessoais pode ser visto como um limite ao direito de acesso à informação (MENDES, 2014, p. 149). Além disso, claro, corroboram as restrições já delineadas concernentes ao artigo 31 da lei 12.527/2011 e a possibilidade de que a Administração restrinja o acesso de terceiros em razão da segurança da sociedade ou do Estado nos termos do artigo 23<sup>5</sup> do mesmo dispositivo legal (VIOLA; DONEDA, 2016, p. 128-129).

Sobre esse tema, não deixa de ser importante ressaltar que a dificuldade de estabelecer os efeitos danosos da disponibilização pública de dados pessoais, devido ao processamento automatizados a que estão sujeitos, leva a uma necessária visão objetiva do tratamento de dados pessoais que tenha por princípio sua proteção em si mesma (VIOLA; DONEDA, 2016, p. 125-126).

No que se refere à titularidade do direito fundamental à proteção de dados, em razão da necessidade de pessoas jurídicas realizarem a inscrição de imóvel rural que seja proprietária ou possuidora, é possível referir que os titulares do referido direito não são necessariamente pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas e entes sem personalidade jurídica, desde que, para os dois últimos casos, os dados armazenados tenham relação com direitos e interesses de terceiros que sejam pessoas físicas (SARLET, 2017, p. 474). Para além dessa esfera, a proteção acabaria passando para o contexto do sigilo empresarial.

Para uma maior elucidação dos objetivos deste estudo, cabe diferenciar o direito fundamental à proteção de dados do direito ao sigilo fiscal. Ainda que exista uma questionável excepcionalidade de restrição, as intervenções que sofre este último direito devem ser justificáveis para a salvaguarda de outro direito fundamental ou

---

<sup>5</sup> Com a possibilidade de restrição do acesso às informações sob o fundamento da segurança da sociedade ou do Estado, como previsto no artigo 23, entende-se que mesmo não preenchidos os requisitos do artigo 31 para que determinada informação seja resguardada, ainda assim poderia ser limitado o acesso em razão da fundamentação do artigo 23 da Lei de Acesso à Informação que perpassa os fundamentos do artigo 31 e enseja uma maior área de aplicabilidade.

interesse coletivo assegurado na Constituição, observando o devido processo legal e os requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalvadas as hipóteses da requisição por comissão parlamentar de inquérito e pela autoridade fiscal (SARLET, 2017, p. 452). Tratam-se, portanto, o direito ao sigilo fiscal e o direito à proteção de dados, de direitos fundamentais autônomos, com regime próprio, ainda que dotados de aspectos comuns (SARLET, 2017, p. 475), que conjuntamente embasam e reforçam os aspectos pessoais e sigilosos das informações concernentes ao CAR.

Enfim, de relevante consideração o resguardo de informações excessivas, isto é, desnecessárias (VIOLA; DONEDA, 2016, p. 127), aos objetivos pretendidos pelo CAR, com a proteção fundamentada no sentido de que uma irrestrita divulgação implicaria na disponibilização, pelo acesso público, de matérias pessoais protegidas pelo direito fundamental à proteção de dados. Como destaca Machado, o sigilo ou o segredo são limites à informação, de modo que excepcionam o princípio da publicidade quando expressos e motivados (MACHADO, 2018, p. 268). Proveniente dessas e demais razões apresentadas é a conclusão de que a eficácia do direito de acesso à informação não é absoluta, permitindo restrições (SARLET, 2016, p. 18).

No direito comparado, auxilia na compreensão do caso a decisão de Reclamação Constitucional contra Ato Normativo de 1983 (BVerfGE 65, 1 - *Volkszählung*), isto é, a Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*), que tramitou no Tribunal Constitucional Federal alemão. Na decisão restou assentado que o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe a proteção do indivíduo contra o levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais e, apesar deste direito não ser garantido ilimitadamente, sua restrição somente ocorreria em função da imprescindibilidade para a proteção de interesses públicos (DECISÕES, 2016, p. 58-59).

Portanto, considerando se tratar de uma restrição constitucional que exige fundamentação (MARTINS, 2014, p. 130) quando da ponderação no caso concreto, entende-se que a divulgação das informações de caráter público referentes às propriedades rurais, demonstrando áreas de reserva legal, áreas de preservação permanente dentre outros atributos ambientais, corresponde ao dever de informação de caráter ambiental de que detém o Poder Público. Porém, a referência do nome dos proprietários ou possuidores, bem como outros dados privados não se identificam com a real necessidade de proteção ambiental objetivada pela norma que estabeleceu o CAR e não se justificam pura e simplesmente a partir da leitura sistemática da Constituição em conjunto com a legislação infraconstitucional pertinente, carecendo de um fundamento constitucional para que se restrinja o direito fundamental à proteção de dados em casos específicos.

#### **4. Observações remanescentes sobre um possível enfraquecimento da tutela ambiental exercida pelo poder público e pela sociedade**

Poder-se-ia argumentar que a proibição de divulgação de dados pessoais inscritos no CAR impediria o Poder Público e a sociedade de atuar em favor da proteção ambiental, fazendo-os carecer de um instrumental válido compatível ao exercício do cumprimento dos deveres de proteção ambiental, públicos e da coletividade, insculpidos no artigo 225 da Constituição Federal.

No tocante à atuação de instituições públicas, de se notar que o Poder Público poderá acessar os dados ambientais com a finalidade de efetivar o direito fundamental ao ambiente, de acordo com as finalidades do CAR previstas no artigo 31 do Código Florestal, anteriormente observadas, como ocorre na atuação de órgãos de controle das normas ambientais. Não haveria aí violação do direito fundamental à proteção de dados pessoais por se tratar de uma transmissão de informações entre órgãos públicos, sendo que os

dados permaneceriam na esfera pública sem serem revelados irrestritamente.

A respeito disso, um exemplo da utilização e transmissão de dados entre órgãos da esfera pública é o caso da atuação do Ministério Público Federal no âmbito do projeto Amazônia Protege. Mediante a utilização de imagens de satélite e cruzamento de dados públicos, os representantes do Ministério Público Federal têm ajuizado centenas de ações civis públicas contra os responsáveis por desmatamentos ilegais, agindo ativamente na proteção ambiental (AMAZÔNIA PROTEGE).

Sobre a atuação da sociedade civil, não se nega que sua participação seja fundamental ao cumprimento das normas ambientais, mormente em razão dos deveres ambientais que lhe são imputados. E, para que se alcance um grau de excelência na consecução desses objetivos, o acesso à informação é um pilar fundamental.

Quanto à divulgação dos dados inscritos no CAR, a transparência a respeito das condições ambientais do país disponibilizadas pelo Poder Público sem apresentar os dados de caráter pessoal por si só já oferecem meios para que a sociedade possa demandar pela tutela ambiental. As medidas de controle social daí provenientes não gerariam uma interferência ao direito fundamental à proteção de dados, tal como constatado no capítulo anterior. Porém, a restrição direta da esfera de proteção do cidadão com a revelação de dados pessoais implicaria em uma violação de direito fundamental que ultrapassaria os limites de um conteúdo essencial.

Ademais, caso fosse vislumbrado o não cumprimento de normas ambientais quando da análise dos dados do CAR divulgados, setores da sociedade poderiam fazer uma denúncia a respeito para as autoridades que, por sua vez, teriam acesso aos dados de cunho pessoal e poderiam tomar as medidas cabíveis.

Por essas circunstâncias, mesmo que não se vislumbre uma supremacia do direito de acesso a informação por parte da

sociedade, percebe-se que há margem para sua atuação sem suprimir o direito fundamental à proteção de dados. Ainda, nada impediria que a sociedade organizada solicitasse a divulgação de dados de imóveis rurais para os próprios proprietários e possuidores para avaliação da proveniência de produtos comercializados como medida de consumo consciente em relação ao cumprimento de normas ambientais. Para tanto, não haveria impeditivo legal de que algum proprietário ou possuidor rural renunciasse ao sigilo de seus dados pessoais informados ao CAR, revelando as coordenadas de determinado imóvel rural para comprovar regularidade ambiental.

De uma interpretação objetiva, em que pese a sociedade não ter acesso a integralidade dos dados inscritos no CAR, não se vê como efetivamente prejudicadas as possíveis contribuições dela provenientes para a tutela ambiental quando do cumprimento de eficácia do direito fundamental à proteção de dados. E, por fim, as finalidades estabelecidas para o CAR não dependem, para seu inteiro cumprimento, da irrestrita disponibilização dos dados inscritos no CAR, especialmente no que concerne aos dados pessoais. Não se percebem, conseqüentemente, prejuízos aos objetivos do CAR pela não divulgação dos dados pessoais nele inscritos em respeito ao direito fundamental à proteção de dados e, muito menos, são relegadas a segundo plano as esferas de atuação do Poder Público e da coletividade na proteção ambiental.

### **Considerações finais**

Existe uma complexidade inerente à análise do direito de acesso à informação, ainda mais quando este vem reforçado pelo critério da informação ambiental e o direito de proteção de dados pessoais. Esta complexidade somente pode ser desvelada quando da análise concreta dos fatos que ensejaram a discussão.

Especificamente ao tema deste estudo, como se buscou demonstrar, um aparente conflito entre o acesso à informação



(ambiental) e a proteção de dados pessoais, se revelou inexistir no caso concreto. Isso ocorre devido às restrições impostas pelo direito fundamental à proteção de dados ao direito de acesso à informação. Ademais, a efetividade das normas ambientais que se dá pela utilização do banco de dados gerado pelo CAR não depende da ampla e irrestrita divulgação de dados pessoais, que devem permanecer protegidos, de modo que a proposta fundamental do CAR não é afetada ao não liberar o acesso aos dados pessoais de proprietários ou possuidores rurais.

Contudo, cabe referir não haver óbice para que o proprietário ou possuidor rural, buscando se valer da publicidade positiva de ser cumpridor das normas ambientais, divulgue suas coordenadas georreferenciadas para possibilitar a tomada de conhecimento da área rural a que está relacionado e comprovar seus atributos ambientais.

## Referências

AMAZÔNIA PROTEGE. **O que é o projeto Amazônia Protege**. Disponível em: <<http://www.amazoniaprotege.mpf.mp.br/o-projeto/o-que-e>>. Acesso em 17 abr 2018.

BARIFOUSE, L. Integração e fragmentação no Cadastro Ambiental Rural (CAR). **Revista de Direito Ambiental**, v. 75, p. 93-111, jul./set. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Cadastro Ambiental Rural – Boletim Informativo: dados até 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/3294-boletim-informativo-janeiro-de-2018/file>>. Acesso em 12 mar 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.029, de 10 de dezembro de 2009. Institui o Programa Federal de Apoio à Regularização Ambiental de Imóveis Rurais, denominado “Programa Mais Ambiente”, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez 2009, p. 14.

BRASIL. Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012. Dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 out 2012, p. 5.

BRASIL. Decreto nº 9.257, de 29 de dezembro de 2017. Prorroga o prazo de inscrição ao Cadastro Ambiental Rural - CAR. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 dez 2017, p. 2.

BRASIL. Decreto nº 9.395, de 30 de maio de 2018. Prorroga o prazo de inscrição ao Cadastro Ambiental Rural - CAR. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 30 mai 2018, p. 47.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 02 nov 1981, p. 16509.

BRASIL. Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, DF, 17 abr 2003, p. 1.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, DF, 18 nov 2011, p. 1.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, DF, 28 mai 2012, p. 1.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instrução Normativa nº 3, de 18 de dezembro de 2014. Institui a Política de Integração e Segurança da Informação do Sistema de Cadastro Ambiental Rural e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.car.gov.br/leis/IN\\_CAR\\_3.pdf](http://www.car.gov.br/leis/IN_CAR_3.pdf)>. Acesso em 17 abr 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CATALA, Pierre. Ébauche d'une théorie juridique de l'information. In: CATALA, Pierre. **Le droit à l'épreuve du numérique: Jus ex Machina**. Paris: PUF, 1998.

CONFEDERAÇÃO da Agricultura e Pecuária do Brasil. **CNA vai à Justiça contra Ministro do Meio Ambiente por divulgar dados dos produtores rurais**. Brasília, 06 dez 2016. Disponível em: <<http://www.cnabrazil.org.br/noticias/cna-vai-justica-contr-ministro-do-meio-ambiente-por-divulgar-dados-dos-produtores-rurais>>. Acesso em 11 abr 2017.

DECISÕES do Tribunal Constitucional Federal. v. 65. P. 1 e ss. (BVerfGE 65, 1). In: MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v. 1: Dignidade humana, livre-desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

DONEDA, D. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

FARIAS, Fernanda. Meio Ambiente corrige divulgação de dados após pressão de produtores. **Canal Rural**, Brasília, 05 dez 2016. Disponível em: <<http://www.canalrural.com.br/noticias/noticias/meio-ambiente-corrige-divulgacao-dados-apos-pressao-produtores-64975>>. Acesso em 12 abr 2018.

LIMBERGER, T. Cibertransparência: informação pública em rede e a intimidade como um dos limites constitucionais – uma abordagem a partir do tema 483 da Repercussão Geral examinada pelo STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 65, p. 199-217, jul./set. 2016.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MARTINS, R. M. Direito fundamental de acesso à informação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge; London: The MIT Press, 1997.
- MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Conflito real ou aparente de interesses entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar; MOLINARO, Carlos Alberto. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- MUNDIM, C. P. de D. Cadastro Ambiental Rural – CAR: originalidade, inovação ou mera burocracia. **Revista de Direito Agrário e Agroambiental**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 152-167, jan./jun. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais como limite ao acesso à informação e seu tratamento posterior. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.



## **Comercialização de big data e direitos fundamentais: um novo desafio para a temática de empresas e direitos humanos dos consumidores**

*Dezyree Rodrigues da Rosa*<sup>1</sup>

*Guilherme Mucelin*<sup>2</sup>

### **1. Introdução**

Apenas no Brasil, em 2016, 116 milhões de pessoas estavam conectadas à Internet, o que equivale a 64,7% da população acima de 10 anos de idade (IBGE, 2018). A partir deste entretenimento é que se registram informações que posteriormente são analisadas, vendidas ou cedidas de alguma forma sem o consentimento dos titulares. A esse conjunto de informações aglutinadas dá-se o nome de *big data*, embora sua conceituação não seja unânime. A análise de *big data* se presta, a prioristicamente, para fins de otimização de preços, de criar e direcionar *marketing* e de personalização de produtos e serviços ofertados no ambiente virtual (INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, 2016), tudo de acordo com o

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Centro de Estudos em Direito Europeu e Alemão (CDEA UFRGS/PUCRS), sob a orientação da professora Dra. Claudia Lima Marques. Especialista em Direito Comparado Francês e Europeu dos Contratos e do Consumo pela Université de Savoie Mont Blanc/França. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPQ Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização. Bolsista de Mestrado CNPq. E-mail: dezyree.rrodrigues@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob a orientação do professor Dr. Bruno Miragem. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais e em Direito Internacional Público e Privado (UFRGS). Especialista em Direito Comparado Francês e Europeu dos Contratos e do Consumo pela Université de Savoie Mont Blanc/França. Bolsista CAPES. E-mail: mucelin27@gmail.com.

perfil individualmente traçado da pessoa em relação a seu histórico e hábitos de navegação.

As transações que envolvem coleta, tratamento e análise de dados pessoais representaram, só no ano de 2011, receita de cerca de U\$ 7,6 bilhões de dólares no mundo. Em 2015, o valor passou para U\$ 22,6 bilhões e estima-se que, no ano de 2017, o montante ultrapassou os U\$ 34 bilhões (STATISTA, 2017), servindo de estímulo para que se criassem as condições necessárias para que surgisse um modelo de negócios baseado totalmente na transferência, alienação ou cessão de dados pessoais, sem que o usuário tenha consentido ou até mesmo tenha sido informado sobre a operação (MARQUES; MUCELIN, 2018). Contudo, ainda pouco se sabe sobre *como* e para que *fins* são comercializados esse tipo de dados.

Desta forma, apresenta-se a discussão sobre o que é o *big data*, como são comercializados os dados pessoais coletados na internet e, mais profundamente, quais podem ser as consequências sociais e econômicas com reflexos jurídicos deste uso nos direitos fundamentais e humanos. O tema já vem sendo discutido por juristas e acadêmicos de todo o mundo, mas ainda é escassa a informação a respeito de como as companhias que comercializam *big data* operam e quais consequências das suas atividades na proteção de direitos fundamentais.

A partir desta problemática, o presente trabalho busca, a partir de análises bibliográficas e da legislação brasileira atual, discutir quais são os atuais desafios que os defensores de direitos humanos e de direitos do consumidor possuem para obstar atividades empresariais abusivas e ilegais frente a novas tecnologias que viabilizam a comercialização de *big data*.

## **2. Pessoa eletrônica: *big data*, informação e transparência**

Em um primeiro momento, a expressão pessoa eletrônica pode parecer estranha quando se fala em ciência jurídica. Isso

porque todo o raciocínio do Direito foi erigido quando tecnologia era algo distante da vida cotidiana das pessoas e não estava intrinsecamente ligada à própria pessoa. Rifkin (2001), quando analisa a comercialização do que chama de último reduto livre da atividade humana do mercado – a cultura – sinaliza que, a todo o momento, a vida real das pessoas é transposta ao ambiente virtual, em todos os setores, como relacionamentos, lazer, educação, transações das mais diversas, comunicação e trabalho.

Ora, se antes o sujeitos eram protegidos em suas relações jurídicas, que eram analógicas e não virtuais, justamente porque são pessoas de carne e osso que convivem e vivem em sociedade e que, por conta disso, estão vulneráveis a violações de direitos, é questão nevrálgica admitir que essa mesma proteção seja conferida à pessoa em ambiente virtual, ainda mais levando-se em consideração essa migração ao ambiente tecnológico. Em outros termos, podemos dizer que o ser humano encontra-se em uma fase em que o seu corpo e seus direitos não residem somente sobre coisas materiais e nos reflexos daí advindos, mas também (de forma ousada, poder-se-ia afirmar e principalmente) sobre coisas imateriais.

É nesse sentido que se pode estabelecer que a pessoa, desconsiderada de sua dimensão virtual, não é uma pessoa completa no mundo pós-moderno. Se a Internet é condição de fruição de uma vida em uma sociedade complexa e avançada, estar fora dela é quase inadmissível. Assim, o indivíduo passa a ser composto igualmente por suas características digitais, pela extensão de seu corpo e de sua personalidade à ambiência virtual, que se “materializa”, ou melhor, toma forma a partir da estruturação e organização dos dados pessoais que concede ou que lhe são capturados sem seu consentimento ou até mesmo sem seu conhecimentos.

Dito de outra maneira, a pessoa virtual é sujeito de direitos tanto quanto a pessoa “física”, pois existe e está sujeita a ser ferida a todo instante, mormente quando o mercado de consumo se dá conta de que existe uma insuficiência de regulação e de fiscalização com relação ao tema, propiciando um verdadeiro mercado



clandestino de dados pessoais e informações sensíveis que, em princípio, não dizem respeito a ninguém a não ser seu titular.

Através de alguns cliques do consumidor em suas redes sociais, trajetos pelo GPS ou pelo simples histórico de navegação, já é possível depreender diversas informações a respeito do usuário e de sua vida pessoal. Em larga escala e com a tecnologia adequada, é possível compreender quais os comportamentos de cada consumidor. Em outras palavras, governos e empresas podem comprar, vender, analisar o conteúdo produzido por meio dos dados pessoais dos consumidores.

Ocorre que a maioria dos usuários não possuem consciência da importância de seus dados pessoais. Talvez por essa razão, consumidores de todo mundo aceitam termos e condições de uso de aplicativos, redes sociais e programas de computador sem se questionar sobre o conteúdo do contrato. Isso se dá porque, na maioria das vezes, para usufruir de determinado serviço prestado por meio da Internet, como a simples navegação em um site de relacionamentos, por exemplo, é condição *sine qua non* a concessão indiscriminada de dados pessoais.

As consequências do uso indevido de dados pessoais pode atingir os mais diversos cenários da vida pessoal de um consumidor.

*Big data* pode ser usada para coletar informação de consumidor para dividi-los em categorias e vender estes perfis a empresas de *marketing*, como referido, por exemplo. A diferença deste tipo de coleta de dados para as tradicionais é que sua variedade, volume e velocidade permitem acessar dados sobre todos os aspectos da vida do consumidor, políticos (GOMES, 2018), de consumo, familiares, da vida amorosa etc. A enorme quantidade de vendedores envolvidos nesse tipo de operação torna extremamente difícil descobrir quais companhias compraram ou venderam informações sobre determinado indivíduo. Assim, a prática atual de análise de dados ganha cada mais sofisticação, tornando-a mais vulnerável a abusos (INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND

BUSINESS, 2016), principalmente porque ausente controle sobre essas operações.

Claudia Lima Marques ensina que a falta transparência na relação contratual consumerista engloba o dever de informar as características do serviço oferecido no mercado (MARQUES, 2016). Entende a jurisprudência brasileira que a informação deve ser correta (=verdadeira), clara (=de fácil entendimento), precisa (=não prolixa ou escassa), ostensiva (=de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). Eis o que não se vislumbra nos contratos firmados entre administradores de programas que captam dados pessoais e consumidores. Muitas vezes quem aceita o contrato, leia-se realiza o “download” do programa ou simplesmente aperta no botão “concordo”, é uma criança que quer jogar um jogo infantil ou um idoso que não conhece as linguagens e mecanismos da Internet.

Mesmo quando a parte contratual não é um hipervulnerável (MARQUES; MIRAGEM, 2012), como nos exemplos anteriores, por se tratar de contrato de adesão, raras são as vezes em que o consumidor percebe o risco de ser vulnerado ao aceitar este tipo de contratação.

Mais do que isso, ainda que o contrato diga quais tipos de informação aquela relação irá captar do consumidor, são raras as vezes em que se fala como isso será usado posteriormente, num conjunto maior, tampouco se fala por onde essas informações passarão e por quem. Considerando que essas informações comercializadas podem ter impactos econômicos e sociais como discriminação na concessão de crédito, empregos, seguros de vida, decisões hipotecárias, em especial para as pessoas em maior situação de vulnerabilidade (MARQUES; MIRAGEM, 2012), urge que seja debatido a forma de contratação, bem como os limites de comercialização da relação que envolve consumidores e aplicativos da rede mundial de computadores e quaisquer outros que captem informações a partir do seu uso para posterior comercialização.

### 3. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental

A crescente exploração do mercado que comercializa dados pessoais de usuários da internet levanta questionamentos sobre a finalidade deste comércio. As empresas alegam que eles são usados para oferecer uma experiência mais personalizada ao usuário, podendo prever seus gostos, desejos e condições. Mas os dados pessoais também são extremamente valiosos para classificar os consumidores de acordo com os seus gostos e condições econômicas. Desta forma, o mercado pode organizar um planejamento de vendas e divulgação mais eficiente, pois direcionado às características específicas de cada “tipo” de consumidores. Atualmente, em virtude do acesso a informações dos mais diversos tipos sobre uma pessoa, tornou-se mais barato e eficaz coletar e usufruir destas informações.

Por outro lado é indiscutível o conforto que este tipo de serviço pode oferecer, uma vez que para o consumidor é cômodo receber anúncios dos seus produtos prediletos ou ter serviços hiperpersonalizados. Ademais, na atual sociedade, a cessão de dados pessoais pela internet é quase inevitável para a vida social. Diversos programas e *sites* que são praticamente indispensáveis para uma rotina em que as relações e o trabalho são digitais, exigem certos dados para liberar o uso do usuário.

Em um primeiro momento a relação parece equilibrada, pois mercado e consumidor recebem benefícios a partir da exploração de dados pessoais. Contudo, a realidade vem demonstrando que o uso indevido destes dados pode gerar uma série de violações a direitos fundamentais. As violações podem ocorrer de diversas formas, gerando uma nova forma de assimetria informacional.

Neste novo modelo de mercado, o consumidor e suas informações tornam-se uma *commodity*, transformando o consumidor em prosumidor<sup>3</sup>. Este termo foi cunhado por Alvin

---

<sup>3</sup> Veja a noção de prosumers: são os consumidores engajados que consomem ideias, ferramentas e recursos oferecidos pelos fornecedores a fim de transformar ou produzir novos produtos ou serviços

Toffler durante a década de 1980 e faz referência a um processo que mistura produtor e consumidor (LASTRA, 2016). O prosumidor acredita estar utilizando um serviço virtual livre de qualquer remuneração, mas em verdade dá em contrapartida ao uso supostamente gratuito todas as suas informações pessoais que serão utilizadas posteriormente para entender o seu estilo de consumo.

Ocorre que os dados pessoais do consumidor são usados e muitas vezes comercializados para terceiros para fins não transparentes. Estes dados compõem um perfil da pessoa e podem ser utilizados para restringir o acesso do consumidor a certos produtos e serviços por que os dados levam a crer que o usuário é inadequado. Essa restrição resultante da análise de dados pessoais pode ser chamada de microsegmentação, isso é, uma manipulação comportamental que acontece ao fornecer apenas informações, publicidade e serviços que se enquadrem no algoritmo da pessoa, criando uma bolha referencial.

A microsegmentação ocorre a partir da “mineração dos dados”, que é quando os dados fornecidos pelos internautas (*input*) cria uma fonte geradora de conhecimento (*output*) que impacta diretamente na tomada de decisões dos seus gestores. Ocorre então uma análise preditiva, que busca prever, antecipar, projetar o futuro, através de algoritmos computacionais, sem a interação humana. De acordo com o dicionário Michaelis (2018), microsegmentação é a:

divisão do mercado em grupos identificáveis de indivíduos, com características e necessidades semelhantes, através da análise de seu perfil financeiro, comportamental e psicográfico; essa divisão possibilita às empresas um melhor entendimento das necessidades desse público-alvo e a consequente personalização de campanhas de vendas, de distribuição e até mesmo de produtos.

---

para outros consumidores e capazes de influenciar operações e processos comerciais. (IZVERCIAN, Monica; SERAN, Sabina Alina. The Web 2.0 and the globalization impact on new consumer emergence and classification. *International Conference on Education, Management and Social Science* (ICEMSS 2013). Tiajin, China, 22-23 ago. 2013. p. 158-161. p. 161.)

Em 2016 um caso emblemático envolvendo a Cambridge Analítica, empresa de análise de dados que trabalhou na campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos da América deu luz maior à temática. Ela teria comprado dados pessoais de usuários do Facebook e os utilizado para prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas.

A microsegmentação pode gerar discriminação em virtude das informações captadas pelos dados pessoais. Isso ocorre quando o usuário é impedido de usufruir de certos produtos, serviços e informações, em virtude dos dados que foram coletados sobre a sua pessoa. Por exemplo, quando por ter acesso à dados pessoais de um consumidor, como o tipo de música escutada, os amigos que possui em redes sociais e outros dados o plano de saúde nega-se a fornecer um seguro de vida ou então a pessoa só é notificada sobre notícias relacionadas a uma determinada posição política.

Considerando que a reunião de dados obtidos pela internet é vista pelo mercado como um perfil daquele consumidor, demonstrando seus desejos, medos, posições políticas, religião, relacionamentos, trajetos diários, lazer, viagens, compras e todo o mais que puder ser descoberto, é evidente defender que os dados pessoais representam hoje a mais detalhada expressão de sua personalidade ou, até mesmo, pode-se considerar os dados pessoais como a projeto da pessoa de carne e osso no ambiente virtual, conformando a *pessoa virtual* (MARQUES; MUCELIN, 2018). Portanto, a proteção dos dados pessoais é também a proteção da pessoa, pois protege-se a representação (Escola Nacional de Defesa do Consumidor. p. 39). Além de ser um direito da personalidade, a proteção de dados representa também o direito à privacidade para decidir o que sobre ela poderá ser divulgado e comercializado.

Depreende-se que sendo o direito à privacidade um direito fundamental, também é um direito fundamental do consumidor a proteção de dados (PIÑAR MAÑAS, 2005). De acordo com Mendes (2013), a proteção do indivíduo contra violações ao seu direito

fundamental de proteção de dados pessoais somente será atingida com a garantia do direito de não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada, tal qual a proibição ou limitação do armazenamento de informações sensíveis ou excessivas. A proteção de dados envolve, portanto, a participação do indivíduo na sociedade considerando o contexto que ele está inserido.

A concepção de proteção de dados como direito fundamental já foi reconhecida em diversos países, estando positivada na Convenção n.108 do Conselho da Europa. Nela resta evidente a relação da proteção de dados com direitos humanos e liberdades fundamentais.

#### **4. O posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro**

Não seria possível finalizar uma reflexão sobre o uso de dados pessoais obtidos na internet sem tocar na responsabilidade daqueles que possuem ônus e o lucro de administrar estas informações pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, tendo em vista os cada vez mais frequentes casos de vazamento de dados pessoais e abuso na utilização destes dados- quando da utilização para fins ilegais ou na utilização por terceiros sem o conhecimento do titular- imperioso analisar a situação nacional.

A invasão de hackers a sistemas de empresa que detém um alta quantidade de dados pessoais de seus prossumidores levanta discussão sobre a responsabilidade destas empresas. A resposta para esta reflexão não exige grandes esforços. A teoria empresarial clássica tem como premissa a ideia que aquele que lucra possui o ônus da responsabilidade pelas consequências geradas por seu negócio. Se há o risco, deve a empresa detentora do lucro que advém da comercialização ou do uso de dados deve adotar todas as medidas possíveis para que terceiros não sofram danos decorrentes da atividade empresarial. Havendo danos decorrentes desta atividade, deve a vítima ser indenizada na proporção do dano sofrido.

Isso pois, a concessão de dados pessoais do consumidor para a plataforma que os administrará advém de um contrato em que o consumidor fornece suas informações, independentemente de haver pagamento ou não, confiando que o fornecedor de serviços os utilizará de forma legal e segura. É estabelecido, portanto, um contrato que remedeia a desconfiança e funciona como instrumento de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos (MARQUES, 2014.)

Tal como a Revolução Industrial despertou a consciência de que declaração de vontade por si pode atribuir falhas no contrato, a terceira Revolução Industrial, marcada pela globalização e informatização, questiona a confiança das partes contratuais. A crise da confiança advém do fato de a produção e o contrato terem se despersonalizado e desterritorializado (SCHMIDT NETO, 2016). Assim, os contratos são mundiais, podem ser feitos a qualquer momento com alguém que o consumidor não vê, não conhece, não sabe onde é a sede ou o telefone de contato.

Por esta razão a confiança é um dos temas mais debatidos quando se fala em relações estabelecidas na internet. A depender da importância que se dê ao tema, é possível atravancar as relações comerciais realizadas eletronicamente ou fazer este ramo evoluir. Para efetivação da confiança, é necessário que existam instrumentos jurídicos necessários para tutelar as partes contratuais quando uma das partes incorrer em abuso de direito. Decorre disso a necessidade de mecanismos para que o consumidor tenha efetivo conhecimento e controle sobre como seus dados estão sendo utilizados.

A desinformação sobre o uso indevido de dados e como evitá-lo; termos e condições de uso abusivos e com terminologia complexa com o fim de confundir o consumidor; a falta de informação dada por essas mesmas plataformas, que não notificam o consumidor sobre quais dados pessoais estão sendo coletados ou qual maneira eles estão sendo usados; *marketing* escondido no comportamento dos brinquedos; discussões sobre a propriedade dos dados pessoais

são apenas alguns dos problemas a serem enfrentados pelo direito do consumidor.

A discussão sobre proteção de dados não é recente. O debate já gerou a criação de alguns princípios de proteção de dados pessoais que são seguidos, mesmo que condensados ou adaptados em diversas leis, tratados, convenções ou acordos sobre proteção de dados. São eles: finalidade, escolha, livre acesso, segurança, transparência, privacidade, igualdade, garantia contra discriminação, liberdade de expressão e liberdade.

Também existem regras clássicas de proteção de dados pessoais, como o consentimento – apesar de haver exceção legal para casos em que os dados são indispensáveis para a execução de um contrato ou obrigação legal do fornecedor; a transparência; a proteção contra a discriminação; a comunicação em caso de vazamento; a segurança da informação e dos sistemas e o respeito ao contexto, isto é, o uso de dados deve ser compatível com o contexto em que os dados foram coletados (DONEDA. 2011 P. 104).

No Brasil o debate também é anterior à Terceira Revolução Industrial. Sob a ótica da legislação consumerista, por exemplo, foram adotadas medidas para o equilíbrio na coleta de informações referentes ao inadimplemento do consumidor, para fins de concessão de crédito. Por essa razão, o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor estabelece regras que direcionam a atividade dos bancos de dados de proteção ao crédito (Manual de proteção de dados pessoais, p. 12). Nesta análise também poderia ser incluída a proteção do direito de imagem, já tutelada pelo direito brasileiro.

A Constituição Federal brasileira possui como princípios basilares a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, nos termos do art. 5º, incisos X e XII, considerando invioláveis a vida privada e a intimidade. Desta feita, depreende-se que o direito à privacidade de dados pessoais e autodeterminação de suas informações são direitos fundamentais no direito brasileiro.



Seguindo uma linha temporal que destaque os ordenamentos de maior relevância para o tema, deve-se apresentar primeiramente a Lei do Habeas Data, que introduziu no nosso ordenamento uma ação constitucional visando a requisição das informações pessoais em posse do poder público. A Lei espelhava a experiência nacional, haja vista que era um instrumento contra a requisição de informações pessoais em posse do poder público durante o regime militar (Escola Nacional de Defesa do Consumidor, p. 50).

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 43, traz direitos consumeristas relacionados às informações de bancos de dados e cadastros. Esta disposição reflete a preocupação no estabelecimento de equilíbrio informacional entre as partes. O CDC também estabelece a transparência e a boa-fé como princípios orientadores das relações consumeristas, conforme o artigo 4º do mesmo diploma.

Todavia, a nova roupagem da proteção de dados pessoais trazida pela tecnologia, por apresentar um maior número de dados sobre a pessoa, exige uma técnica de tutela mais específica do que estas existentes no direito clássico de personalidade. Agora a questão ganha maior complexidade, uma vez que inobstante o risco envolvendo dados pessoais não se pode ignorar que o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tornou-se indispensável para sua efetiva participação na vida social (Escola Nacional de Defesa do Consumidor, p. 42)

O Marco Civil da Internet trata sobre a proteção de dados ao versar sobre coleta, tratamento e utilização de dados nos seus artigos 03º e 07º, a qual objetiva garantir e proteger o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O texto aprovado foi resultante de um debate público promovido pelo Ministério da Justiça, em parceria com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais. Contudo, o Marco Civil da Internet (Lei nº

12.965/14) apesar de ser um novel regulamento, já está em descompasso com o acelerado ritmo da rede mundial de computadores (MOSSE; ELEUÉRIO; SANTOS, 2016). Por essa razão, o Brasil ainda carecia uma lei destinada especificamente à Proteção de Dados.

A Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), também conhecida como LGPD, de 14 agosto de 2018, que segue os parâmetros da *General Data Protection Rule* Europeia (EU 2016/679), objetiva expandir os direitos de proteção *online* e *offline*, independente do contexto, setor e mercado. Esta lei complementa e unifica as demais normas setoriais que regulam de alguma maneira a proteção da privacidade e dos dados pessoais no Brasil. A lei torna obrigatório que as informações sejam claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento. O princípio da transparência positivado na lei pressupõe o dever de informar os critérios de tratamentos utilizados para finalidades informadas ao titular (MONTEIRO, Renato Leite.2018).

O novel regulamento determina tratamento especial para os chamados dados sensíveis, aquele que, de acordo com a própria lei, são relativos à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natura”. Os dados sensíveis recebem uma Seção própria na LGPD que, em suma define que este tipo de dados são de uso restritivo, não podendo ser utilizados para fins discriminatórios.

O artigo 20 da Lei Geral de Proteção de dados concede ao consumidor e ao prosumidor o direito de “solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua

personalidade”, dando uma resposta legal à questão da microsegmentação anteriormente citada.

Sobre o vazamento de dados na internet, a lei exige que o evento deve ser comunicado à autoridade competente e responde que haveria uma multa de até 2% sobre o faturamento do agente de tratamento de dados no último exercício, limitado a cinquenta milhões de reais.

Merece ser parabenizado o legislador, em especial por exigir que o fornecedor informe sobre os riscos de forma a considerar a vulnerabilidade de consumidor de acordo com a sua especificidade, dando ênfase, por exemplo, ao apresentar uma seção específica para o “Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes” no art. 14. Neste ponto é determinado que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes seja realizado no seu “melhor interesse”; haja consentimento específico do pai ou responsável para o “tratamento” dos dados infantis, havendo a exceção de que os dados da criança poderão ser usados sem o consentimento dos pais quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, por uma única vez, sem armazenamento ou repasse; o uso jogos, aplicações de internet para crianças não deve ser condicionado ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias para o seu funcionamento. Outrossim, informações sobre o tratamento dos dados devem ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Considerando o avanço legislativo brasileiro, agora cria-se expectativa para criação de uma autoridade independente, com natureza de agência regulatória de proteção de dados pessoais que detalhe atualize normas e diretrizes sobre tecnologia de dados. Este órgão seria uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados e seria

vinculado ao Ministério da Justiça, a fim de verificar casos de violação das leis de proteção de dados.

Há um pluralismo de fontes no Brasil que concede a proteção de dados pessoais, sejam elas de nível constitucional ou infraconstitucional. Existem no Brasil outros marcos normativos sobre proteção de dados e privacidade, como a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11), no artigo 03 e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), no artigo 04, direitos e garantias em relação a informações pessoais em bancos de dados e cadastros. Estas somadas aos diversos instrumentos internacionais leva ao diálogo das fontes que deve ocorrer para que esta proteção ocorra de forma efetiva e com fins a proteger o vulnerável.

## 5. Considerações finais

A comercialização de *big data* e a falta de transparência e de legislação a respeito deste tipo de comércio pode trazer consequências negativas aos direitos fundamentais e humanos daqueles que tem seus dados comercializados: os consumidores de Internet e de serviços e produtos oferecidos pelos provedores de aplicação. Portanto, acredita-se que, primeiramente, devem ser estabelecidos no ordenamento pátrio normas a fim de regularizar a comercialização de dados pessoais e informar aos consumidores quais dados estão sendo coletados, bem como o que será feito com estes. O mesmo sugere-se para o nível internacional, tendo em vista que esta é uma atividade transnacional e não se pode exigir que a legislação nacional de cada um dos países envolvidos crie uma legislação tempestiva e efetiva suficiente para dirimir as consequências deste tipo de negócio.

Somente assim a pessoa eletrônica, como parte da pessoa de carne e osso, estará protegida, terá um mercado de consumo saudável, bem como seus direitos à privacidade, à autodeterminação informativa e todos os demais direitos que a ordem legal lhe confere serão preservados e tutelados.

## Referências

- BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia* / Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010.
- DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. v. 12, n. 2, p. 91-108, Joaçaba: Espaço Jurídico. 2011
- GOMES, Helton Simões. *Na Câmara dos EUA, Zuckemberg nega que Facebook venda dados e diz estar aberto a regulamentação*. G1. 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/mark-zuckerberg-depoe-na-camara-sobre-uso-de-dados-no-facebook.ghml>. Acesso em: 9 maio 2018.
- GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais*. Available in: <https://itsrio.org/wpcontent/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS. Data Brokers and Human Rights. Bid Data, Big business. *Occasional Paper Series*, 2016. Disponível em: <https://www.ihrb.org/>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C) de 2018*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf> . Acesso em: 15 abr. 2018.
- IZVERCIAN, Monica; SERAN, Sabina Alina. The Web 2.0 and the globalization impact on new consumer emergence and classification. *International Conference on Education, Management and Social Science (ICEMSS 2013)*. Tiajin, China, 22-23 ago. 2013. p. 158-161.
- LASTRA, Ana. *El poder des prosumidor: identificación de sus necesidades y repercusión en la producción audiovisual transmedia*. Revista ICONO 14. Revista Científica de Comunicación y Tecnologías emergentes. v.14. p. 71-94

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade civil dos provedores de aplicação por violação de dados pessoais na Internet: o método do diálogo das fontes e o regime do Código de Defesa do Consumidor. In: *Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 393-415.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e a defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, n. 90, p. 245- 260, nov. – dez. 2013.

MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?* Instituto Igarapé. 2019

MOSSE, Cássio Noqueira Garcia. ELEUÉRIO, Natália; SANTOS, Natália Nogueira. *Big data e monitoramento de usuários, publicidade dirigida de produtos e marcas e o Marco Civil*. Propriedade Intelectual, Internet e o Marco Civil. São Paulo: Edipro, 2016.

PFOHL, Stfen. O social e o tecnológico: questões da ultramodernidade: entrevista sobre pós-modernidade. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 25, dez. 2004. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3285>. Acesso em: 17.02.2019.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Books, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Qual direito para os dados pessoais em tempos de Big data?*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/16/qual-direito-para-os-dados-pessoais-em-tempos-de-big-data/>.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos da sociedade de consumo*: votade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAÑAS, José Luis Piñar. El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD). In: MAÑAS, José Luis Piñar (dir.). *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005. pp. 19-36.

STATISTA. *Big data - Statistics & Facts*. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/1464/big-data/>. Acesso em: 22 maio 2018.

## O novo regulamento europeu de proteção de dados pessoais

*Caroline M. Lima Gularte*<sup>1</sup>

*Gabriela Pandolfo Coelho Glitz*<sup>2</sup>

### Introdução

Nossa sociedade está passando por uma acelerada alteração nas estruturas de interações pessoais. A popularização da internet e dos computadores vem revolucionando a forma de comunicação e transmissão de conhecimento, gerando um impacto tão expressivo que a sociedade passou a adotar uma nova lógica de organização, na qual a posse de dados é vista como detenção de poder (RUARO, 2017, p. 201). Seguindo nesta perspectiva, dados e informações pessoais passaram a ter o papel de matéria prima básica para este novo formato de capitalismo, no qual toda utilização feita na rede deixa um rastro oculto de informações, permitindo que terceiros tenham acesso indiscriminado a dados do usuário, trazendo a consequente mitigação do direito à privacidade (RUARO, 2017, p. 198).

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela UNISINOS. Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela UNISINOS. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. E-mail: c.melolima@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-graduada em Ciências Penais pela PUCRS. MBA em Gestão Empresarial pela FGV. Especialista em Proteção de Dados e Privacidade pelo Insper. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista vinculada ao CAPES. Advogada. E-mail: gabipcoelho@yahoo.com.br



Na era do Facebook, Instagram, LinkedIn e de tantos outros aplicativos que surgem aos milhares diariamente, as tecnologias da comunicação e informação caminham no sentido oposto à esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações. Ou seja, este seria o “preço” a ser pago para usufruir desta sociedade da informação (RODOTÁ, 2008, p. 113).

Neste sentido, menciona Stefano Rodotà:

A contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito (RODOTÁ, 2008, p. 113).

A proteção da pessoa humana é o ideal máximo do ordenamento jurídico norteador pela Constituição Federal, e o Direito Fundamental à Privacidade é uma das facetas da Dignidade da Pessoa Humana, reconhecido inclusive na Declaração Universal da ONU em seu artigo 1º (SARLET, 2015, p. 50). Canotilho descreve a noção nuclear da dignidade da pessoa humana como sendo “*indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastēs et factor)*” (Canotilho, 2003, p. 225).

Esta importante definição serve como norteador da problemática hoje vivenciada, onde a tecnologia e as mudanças sociais traçam um novo cenário no qual a informação pessoal e a privacidade dividem uma tênue linha. O direito fundamental à privacidade se vê diante dos mais variados desafios para a sua tutela, ainda mais quando analisado sob a ótica da proteção de dados pessoais.

Nesta perspectiva, um instituto fundamental é o consentimento para o tratamento de dados pessoais. Segundo Danilo Doneda, em sua obra *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*:

Através do consentimento, o direito civil tem a oportunidade de estruturar, a partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão (DONEDA, 2006, p. 371).

Ocorre que não podemos desconsiderar que estamos diante de um sistema patrimonialista, no qual os dados pessoais podem se transformar em uma *commodity* nesta nova sociedade digital. Saber usar do consentimento e dar a este as vestes de um ato unilateral, não podem ser pressupostos de uma ausência de interesse na proteção de dados pessoais.

Os atuais avanços tecnológicos trazem consigo inquestionáveis ganhos e benefícios para toda a sociedade. Porém, em contrapartida, também implicam em grandes riscos para os direitos fundamentais e para a proteção de dados pessoais. O acesso à internet tornou-se, nos dias de hoje, um direito fundamental a liberdade de expressão e informação. A vida sem internet não seria mais possível (PIÑAR MAÑAS, 2017, p. 70).

Por outro lado, o que também parece inquestionável, seria o direito de viver sem internet, estando certo que quem opta por exercer este direito, também deve estar ciente do que está abrindo mão e das possibilidades que não terá acesso.

Ocorre que, cada vez estamos mais conectados e transmitindo mais dados na rede e não se pode desconsiderar o grande ganho que estas trocas podem trazer para a sociedade como um todo. Quem não gostaria de viver em uma cidade mais segura, mais acessível, mais inteligente e conectada com as suas necessidades?

Exatamente neste sentido, José Luis Piñar Mañas menciona que as cidades inteligentes são aquelas que se valem da inovação

tecnológica para oferecer um entorno mais habitável à população. E mais, salienta que *“las ciudades inteligentes no son viables sin el tratamiento masivo de información, tanto publica como la que afecta a las personas em particular.”* (PIÑAR, 2017, p. 69).

Buscando viabilizar e regularizar esta situação que, diga-se de passagem, é inevitável, o Parlamento Europeu e o Conselho emitiram o Regulamento 2016/679 que entra em vigor a partir de 25 de maio de 2018. Tal norma incorpora a evolução tecnológica e a globalização como pontos de partida e introduz um novo modelo de proteção de dados, trazendo uma gestão e uso responsável da informação (RUARO, 2017, p. 30).

O avanço trazido por esta norma para o modelo europeu de gestão e proteção de dados é inquestionável e coloca a União Europeia em um novo patamar em relação a este assunto.

## 1. O novo regulamento europeu

### 1.1 Histórico e evoluções conceituais até a publicação do RGPD

O novo regulamento geral de proteção de dados pessoais passará a ser aplicável no dia 25 de maio de 2018, sendo obrigatório todos os seus elementos e diretamente aplicável a cada Estado membro da União Europeia. Como diz José Luis Piñar Mañas, passa-se de uma gestão de dados ao uso responsável da informação e tal afirmativa vai muito mais além. Passará a se apreciar as questões através do princípio de accountability (art. 24 do RGPD)<sup>3</sup>, ou seja,

---

<sup>3</sup> Artigo 24. Responsabilidade do responsável pelo tratamento <sup>[1]</sup><sub>SEF</sub>

1. Tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento. Essas medidas são revistas e atualizadas consoante as necessidades.

2. Caso sejam proporcionadas em relação às atividades de tratamento, as medidas a que se refere o n.o 1 incluem a aplicação de políticas adequadas em matéria de proteção de dados pelo responsável pelo tratamento.

uma responsabilidade proativa, com princípios que vão desde a privacidade por desenho e defeito (artigo 25 do RGPD)<sup>4</sup> até a figura de um Delegado de proteção de dados (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 16).

A rápida evolução tecnológica e a globalização trouxeram novos paradigmas para a proteção de dados pessoais, transformando tanto a economia, como a vida social, sendo imprescindível que para isso haja uma circulação de dados pessoais entre os países membros, assim como entre outros países e organizações internacionais, sem que para isso se perca o nível de proteção destes dados (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 50).

A base e avanço de toda a legislação europeia está calcada no artigo 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos, o qual reconhece o direito fundamental a proteção de dados. Este direito foi elevado a categoria de direito fundamental autônomo, separado, inclusive, do direito à intimidade, que está previsto no artigo 7º. Este grande avanço ocorrido nos anos 2000, fundamentou e embasou o Novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados, que busca superar as

---

3. O cumprimento de códigos de conduta aprovados conforme referido no artigo 40.o ou de procedimentos de certificação aprovados conforme referido no artigo 42.o pode ser utilizada como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento.

<sup>4</sup> Artigo 25. Proteção de dados desde a concepção e por defeito

1. Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados.

2. O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares.

3. Pode ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações estabelecidas nos n.os 1 e 2 do presente artigo, um procedimento de certificação aprovado nos termos do artigo 42.o.

dificuldades de uniformização e aplicação vividos durante a vigência da Diretiva 95/46/CE.

A visão trazida pelo RGPD reforça que o tratamento de dados pessoais deve servir à humanidade, porém tal direito não é um direito absoluto e, portanto, deve ser considerado em relação a sua função com a sociedade e manter sempre o equilíbrio com os demais direitos fundamentais, baseado no princípio da proporcionalidade (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 57).

Outro ponto importante a ser considerado como conceito e fundamento do Novo Regulamento, diz respeito a qual seria a definição do direito a proteção de dados. Tal definição não está prevista no Regulamento, mas segundo Piñar Mañas, poderia ser entendida como o controle que as pessoas físicas devem ter sobre seus dados pessoais, sendo este controle, o elemento central do direito (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 57).

Assim, o objetivo final do Novo Regulamento está em regular o direito fundamental a proteção de dados reconhecido no artigo 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos e garantir a livre circulação destes dados dentro da união Europeia.

## **1.2 Principais alterações do regulamento 2016/679 da UE**

Um dos principais conceitos para estudar esta legislação está no que são *dados pessoais*. O conceito trazido pela Diretiva 95/46/CE foi mantido pelo Novo Regulamento, porém agregaram-se novos elementos e exemplos, pertinentes ao desenvolvimento de novos aplicativos e da internet das coisas. Assim, pode-se definir como dados pessoais toda informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável, devendo considerar-se pessoa física identificável toda aquela que puder ser determinada, direta ou indiretamente. O RGPD especificou ainda mais tal conceito, mencionando que seriam considerados como dados identificáveis o nome, o número de identidade, dados de localização, dados em linha ou ainda vários elementos próprios de sua identidade física,

fisiológica, genética, psíquica, econômica, cultural ou social (POU, 2016, p. 117).

O regulamento também clarifica esta informação sobre pessoa identificável, deixando evidente que não se considera identificável uma pessoa que tal identificação necessite de prazos ou atividades desproporcionais. A identificação deve ser algo mais imediato e que não requeira grandes esforços (POU, 2016, p. 119).

Contudo, como há muito já vem sendo dito, o problema não está nos dados em si, mas no seu tratamento. O conceito de tratamento foi mantido o mesmo já tido pela Diretiva 95/46/CE, porém agregou o conceito de limitação, que faz referência a dados pessoais que são coletados, porém possuem uma limitação de tratamento.

Outra significativa alteração feita pelo Regulamento está no ato do **consentimento**, que incorporou ao seu conceito de livre manifestação de vontade, específica e informada a manifestação de vontade inequívoca. Aqui altera-se um parâmetro de consentimento “padrão”, que por muitas vezes era dado sem que o usuário tivesse de fato consentido, já que uma simples marcação em uma janela de sítio era tida como consentimento.

Agora exige-se um consentimento claro, inequívoco, com uma linguagem fácil e acessível, de compreensão rápida, não podendo conter cláusulas abusivas. Ainda, tendo o tratamento de dados mais de um fim, o consentimento deve ser dado de forma separada, para cada um dos fins projetados e o responsável do tratamento deve ser capaz de demonstrar que foi dado o consentimento por determinada pessoa para determinado fim.

O Novo Regulamento ainda traz conceitos como a “pseudonimização”, baseado no princípio da minimização dos dados; a violação de segurança dos dados e a necessidade de informação à autoridade de controle com o objetivo de preservar maiores danos e prejuízos às pessoas físicas donas destas informações; e o conceito de estabelecimento principal, que decide

sobre a finalidade e meios de tratamento destes dados, devendo este local ser considerado o principal.

Outro assunto de grande importância está na transferência de dados pessoais a terceiros países (fora da comunidade europeia) e organizações internacionais, matéria esta regulada pelo Capítulo V, artigos 44 a 50 do RGPD. O principal ponto em relação a esta matéria é que as transferências de dados para fora da União Europeia não podem colocar em risco o nível de proteção já garantido às pessoas físicas em relação aos seus dados pessoais.

Para viabilizarmos a transferência internacional a um terceiro país ou organização internacional, deverá basear-se em uma decisão de adequação, com garantias efetivas e notórias aos dados ou, que esteja enquadrado em uma das exceções previstas no artigo 49 do RGPD (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 450).

O Novo Regulamento atribui a competência para declarar adequado o grau de proteção dado por determinado país fora da União Europeia ou organização internacional sobre o controle de dados pessoais, a uma Comissão. Porém, com o objetivo de auxiliar o trabalho desta Comissão, o Regulamento prevê em seu artigo 70.1 que o Comitê facilitará o trabalho da Comissão, emitindo um parecer para avaliar o nível de proteção de onde se pretende autorizar a transferência internacional de dados.

A consequência mais importante sobre esta decisão de adequação está na autorização para que a transferência seja feita a quem solicitou, não necessitando de nenhuma autorização específica. Além disso, tal decisão obriga, de outra parte, o acompanhamento e supervisão por parte da Comissão de maneira contínua sobre os acontecimentos e desdobramentos de tal decisão. Haverá uma revisão sobre a decisão a cada quatro anos, pelo menos, com o objetivo de constatar se os níveis de proteção seguem estando adequados aos parâmetros estabelecidos pela Comissão (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 444).

Não sendo constatada a manutenção da proteção dos dados pessoais nestes critérios, a Comissão revogará, modificará ou

suspenderá a decisão anterior, proibindo a transferência de dados pessoais, não havendo efeito retroativo desta decisão.

Na falta de uma decisão de adequação, de acordo com o artigo 46.1, o responsável ou o encarregado do tratamento só poderá transmitir dados pessoais a um terceiro país ou organização internacional se estes oferecerem garantias adequadas e uma condição de que os interessados contem com direitos exigidos e ações legais efetivas (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 447). O artigo 46.2 segue nesta linha e esclarece o que seriam garantias adequadas: instrumento juridicamente vinculante e exigível entre as autoridades e organismos públicos, normas corporativas vinculantes, cláusulas de proteção de dados adotadas pela Comissão, cláusulas de proteção de dados adotadas por uma autoridade de controle e aprovadas pela comissão, código de conduta e um mecanismo de certificação associado a compromissos vinculantes e exigíveis nos mesmos termos que os códigos de conduta.

Todas estas alternativas possibilitam a transferência de dados pessoais para países fora da Comunidade Europeia sem a necessidade de uma decisão de adequação expressa, responsabilizando o encarregado e o responsável do tratamento de dados por tudo que envolva esta transferência.

Ainda sobre este tema, as normas corporativas vinculantes, também conhecidas como Binding Corporate Rules (BCR's) requerem uma atenção especial. Estas normas são um elemento legitimador das transferências internacionais de dados dentro de um grupo empresarial, ou uma união de empresas, embasando políticas de proteção de dados pessoais sob a responsabilidade do encarregado de tratamento, que permitam sua proteção para além das fronteiras Europeias (POU, 2016, p. 131).

As BCR's são consideradas fontes de obrigação para os responsáveis e encarregados da proteção de dados pessoais e possuem caráter vinculante enquanto declaração unilateral de vontade. Contudo, justamente ciente de que tais regras poderiam gerar problemas de aplicação, o RGPD reconhece esta regulação e



prevê em seu artigo 47.1 os seus requisitos, garantindo que a autoridade de controle competente aprovará normas corporativas vinculantes sempre que forem juridicamente vinculantes e se apliquem e sejam cumpridas por todos os membros do grupo empresarial, inclusive seus empregados; confirmam expressamente aos interessados direitos exigíveis em relação ao tratamento de seus dados pessoais e cumpram o apartado 2, que regula o que é considerado conteúdo mínimo para as BCR's (PIÑAR MAÑAS, 2016, p. 452).

O grande objetivo do legislador europeu foi de que as BCR's de fato garantissem o direito a proteção de dados pessoais, considerando o complicado e complexo panorama mundial que a cada dia realiza mais transferências internacionais. Exatamente em virtude disso, o legislador traz no artigo 47.2 o que deve contar nestas normas corporativas vinculantes, não deixando espaço para subjetividade. Após elaboradas pelo responsável de dados do grupo econômico, este deve submeter a aprovação à autoridade de controle competente.

Em um mundo globalizado como vivemos hoje em dia, imprescindível que toda e qualquer empresa que mantenha relações, ou pense em manter, com cidadãos ou empresas europeias, busque adequar-se de forma antecipada ao que diz o presente regulamento, pois do contrário pode estar sujeito a altas multas que podem chegar até 20.000.000,00 de euros ou 4% do volume de negócios total anual da empresa.

Por fim, e não menos importante, imprescindível tecermos algumas considerações sobre o direito de retificação, cancelamento, oposição e decisões individuais automatizadas; direito ao esquecimento e ao direito da portabilidade dos dados. Tais direitos apenas reforçam o controle do indivíduo sobre os seus próprios dados pessoais, modificando os tradicionais direitos ARCO do cidadão (acesso, retificação, cancelamento e oposição) e agregando os novos direitos acima mencionados.

O direito de retificação constou no RGPD de forma muito similar ao que já estava previsto na Diretiva 95/46/CE. Já o direito ao cancelamento passou a ter a denominação de direito à supressão, com um contexto mais amplo que o tradicional direito ao cancelamento, incluindo inclusive a supressão em buscadores de internet, o qual veio a denominar-se direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento nada mais seria que um avanço ao direito de supressão e oposição, sendo a manifestação destes direitos já existentes. Este direito permitirá na prática, por exemplo, que usuários de rede sociais ou qualquer outro serviço da sociedade da informação, como sites de compras online, suprimam os seus dados pessoais quando do encerramento da conta (ÁLVARES CARO, 2016, p. 255).

Com o direito ao esquecimento, o RGPD reforça, mais uma vez, a sua posição sobre o maior controle do cidadão sobre seus próprios dados, fortalecendo o princípio da finalidade, qualidade e minimização de dados, os quais estavam em aberto desde a Diretiva 95/46/CE.

Outro importante avanço está em relação às decisões automatizadas individuais. De acordo com o novo regulamento, o interessado deve ter o direito de não ser objeto deste tipo de decisão. Um exemplo disso seria a negativa de crédito automática, baseada exclusivamente em informações da rede, sem qualquer intervenção humana.

O RGPD permite decisões deste tipo, inclusive elaboração de perfis, desde que sejam necessárias para a celebração ou execução de um contrato entre interessado e o responsável do tratamento de dados, ou se houver consentimento específico do interessado. Porém, mesmo assim serão necessárias várias garantias, dentre elas o direito de receber intervenção humana por parte do responsável, direito que o interessado expresse seu ponto de vista ou ainda direito a impugnar a decisão, sendo vedada este tipo de decisão quando envolver menores.

Por fim, o RGPD trouxe um novo direito consigo, o direito à portabilidade. Este direito reforça mais uma vez o poder de disposição de dados dos cidadãos e também fomenta a competência do mercado digital. Através da portabilidade será possível receber os dados pessoais armazenados em formato estruturado, de uso comum e de leitura mecânica, possibilitando sua transferência para outro responsável. O RGPD reforça que isso só será possível quando for tecnicamente viável e coloca que o prazo para atendimento será de um mês, a partir do pedido, podendo ser prorrogado em certos casos. Este direito será exercido a título gratuito, excetuando-se os pedidos manifestamente infundados ou excessivos (FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, 2016, p. 260).

As alterações acima trazidas sugerem o grande reforço à proteção de dados que o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais 2016/679 trouxe para o mundo digital. Os princípios basilares da Diretiva 45/96/CE foram todos mantidos e ampliados neste grande avanço legislativo sobre o tema, enaltecendo o poder do cidadão sobre a gestão efetiva, clara e transparente de seus dados pessoais.

## **2. *Compliance* digital e RGPD**

### **2.1. Elementos do programa de *Compliance***

Os programas de *compliance* são utilizados para transmitir aos dirigentes e aos funcionários o conhecimento sobre as leis e demais normas regulamentares, sendo comum a utilização de uma monitoração sistêmica, baseada em padrões pré-definidos, utilizando-se de investigações internas e privadas para avaliação de eventuais irregularidades praticadas no âmbito empresarial.

A modernidade avançada e a produção social de riquezas vieram acompanhadas da produção social de riscos, coincidindo num novo paradigma: como se poderia evitar/minimizar riscos e/ou perigos produzidos por um processo avançado de

modernização, sem ultrapassar os limites do sustentável (BECK, 1998, p. 25)?

A ruptura paradigmática com ideia de dano, mediante uma concepção preventiva e do papel do Direito na prevenção de ilícitos, reclama a participação dos operadores jurídicos em um novo horizonte de sentido, a partir de uma ética da responsabilidade (JONAS, 2006, p. 25).

A palavra *compliance* vem do verbo em inglês *to comply*, que significa “cumprir”, “estar de acordo”. É uma prática empresarial que impõe padrões internos para o cumprimento de normas, observância de leis e diretrizes nacionais e internacionais. O sistema de autorregulação adotado por organizações empresariais, normalmente, é composto por um programa de *compliance* para detectar operações suspeitas e encaminhá-las à supervisão da empresa.

Nesse passo, as principais normas sobre *compliance* são as seguintes :

FCPA - FOREIGN CORRUPT PRACTICE ACT- 1977: Os EUA foram o primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção. A FCPA é fruto do escândalo do pagamento de propina pela Empresa de Aeronaves Lockheed Aircraft Corporation a funcionários públicos de vários países, na época da Guerra Fria. A FCPA é aplicável às Empresas americanas e Empresas que queiram se relacionar com os EUA.

LEI SARBANES-OXLEY (Sarbanes-Oxley Act - SOX ou SARBOX) - 2002: Lei americana que define práticas de boa governança corporativa e transparência na condução dos negócios.

UK BRIBERY ACT - 2011: Responsabiliza a Empresa pela falha ao prevenir atos de corrupção, praticados por qualquer pessoa a ela associada, em qualquer lugar do mundo, tanto no setor público, quanto no privado. Há a possibilidade de isentar a empresa de responsabilidade pela existência de procedimentos adequados anteriores ao cometimento do ato ilícito (*compliance*). A lei inglesa

é considerada mais agressiva que a lei americana, por possuir um caráter extraterritorial ainda mais amplo.

CONVENÇÃO DA ONU DE MÉRIDA – 2003 e Decreto 5.687 - 2006: Tem por finalidade promover, facilitar e apoiar, em nível internacional, o controle da corrupção.

A implantação de um programa de integridade impõe a observância de deveres de prevenção e análise de riscos, mediante uma cultura corporativa de transparência nas atividades empresariais.

Para a implementação de um programa de integridade, utilizam-se alguns elementos, tais como: a) criação e informação de um código de conduta, que defina a postura ética empresarial; b) canal de denúncias, que possibilite aos *stakeholders* denunciar atos ilícitos, de forma anônima; c) contratação de um *compliance officer*, o profissional que será responsável pela informação e fiscalização no cumprimento do programa de integridade.

O *compliance officer* é o responsável pela supervisão e gerenciamento do *compliance* na empresa, ou na administração pública. Pode ser contratado pela própria organização, ou ser profissional terceirizado, ou até mesmo empresa terceirizada para desempenhar tais funções.

A exemplo da figura do *data protection officer* (encarregado pela proteção de dados), conforme se verá adiante, tem a difícil missão de garantir que todos os procedimentos realizados estejam de acordo com o ordenamento jurídico nacional e internacional, bem como, em conformidade com o código de ética e conduta implementado na organização.

Nesta seara, tornou-se imprescindível, tanto para as empresas quanto para a própria Administração Pública, a implantação de um programa de integridade, o *compliance*, para que se adequassem às exigências de mercado nacional e internacional, criando boas práticas de governança corporativa, com impactos na gestão empresarial, sendo mister o estudo do impacto do programa de compliance no âmbito do direito à proteção de dados pessoais.

Conforme vimos acima, as organizações empresariais que não estiverem em conformidade com o RGPD podem sujeitar-se a multas no valor de até 20.000.000,00 de euros, ou 4% do volume de negócios total anual da empresa.

Essas sanções não trazem um impacto negativo apenas financeiro para as empresas. Sem dúvida, atuar em desconformidade com as normas sobre *compliance* e o Regulamento Europeu mancham sua imagem a nível internacional.

Essa situação foi vivenciada, recentemente, pela Empresa Facebook, no escândalo de vazamento de dados para uso político, que fez com que a Empresa perdesse 50 bilhões de dólares em valor de mercado, em apenas dois dias (JORNAL O GLOBO, 2018).

Nas palavras de Aristóteles (ARISTÓTELES, 2009, p. 200), a escolha de nossas ações não será correta sem prudência, nem sem virtude moral, pois a virtude moral nos capacita a atingir o fim desejado e a prudência é o que nos permite adotar o meio certo para atingi-lo. Vale lembrar: a prática da justiça requer o senso da medida.

No âmbito administrativo, a eficácia dos programas de *compliance* está vinculada à governança pública, na perspectiva do princípio da condução responsável dos assuntos do Estado, o que pressupõe “*accountability* (dever de cuidado dos poderes públicos e o dever de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia profunda da actuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos)”, no horizonte de uma concepção de “cidadania activa e participativa, e não apenas da cidadania representativa” (CANOTILHO, 2008, p. 327).

Nesse sentido, demanda-se a construção de uma cultura de transparência e *accountability*, com o devido acesso à informação e prestação de contas por parte dos gestores públicos.

Partindo da ideia de mudança de paradigma do dano para o paradigma da prevenção de ilícitos, deve-se considerar a atuação do Direito a frente das contradições sociais, potencializando o acompanhamento das inovações tecnológicas, com a devida segurança jurídica.

## 2.2 Encarregado pela proteção de dados: *Data Protection Officer*

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu impacta profundamente o direito digital e o setor da inovação, prevendo direitos e deveres a usuários e prestadores de serviços.

A exemplo do *compliance officer*, o *data protection officer*, que é o encarregado pela proteção de dados, é o responsável por supervisionar o cumprimento por quem trata dados pessoais, servindo, inclusive, para fomentar a efetivação do direito fundamental à proteção de dados. Para sua atuação, é de extrema importância que possua independência, seja no setor público, como no setor privado, para o exercício de suas funções. Pode ser tanto um empregado interno, quanto um consultor externo.

A Diretiva 95/46/CE já previa, de forma limitada, a figura do encarregado pela proteção de dados. Entretanto, o RGPD oferece uma exposição muito mais detalhada das funções do EPD (encarregado pela proteção de dados), incrementando suas obrigações (GARCÍA, 2016, p. 322).

De acordo com o artigo 37 do RGPD, o “delegado de proteção de dados” será designado atendendo a suas qualidades profissionais e, em particular, os seus conhecimentos especializados em Direito e a prática em matéria de proteção de dados e a sua capacidade para desempenhar as funções.

Além de ter de cumprir com os critérios previstos no RGPD, é essencial que se trate de uma pessoa com alto nível de experiência profissional, com profundo conhecimento em direito nacional e europeu sobre proteção de dados pessoais, que conheça o setor do negócio ou atividade da organização na qual desempenhe suas funções, conheça as operações e tecnologia para tratamento e segurança dos dados (GAYO, 2016, p. 377).

De acordo com o previsto no Regulamento Europeu, é importante considerar os seguintes itens para a designação do encarregado pela proteção de dados: 1) designação obrigatória quando se cumpram os critérios estabelecidos no Regulamento, nos

setores público e privado; 2) designação obrigatória em virtude do Direito da União Europeia, como por exemplo, a Diretiva sobre proteção de dados pessoais tratados com fins policiais e judiciais; 3) designação voluntária, sendo necessário neste caso, que o encarregado pela proteção de dados cumpra os requisitos e critérios do regulamento (GAYO, 2016, p. 380).

Portanto, os encarregados de proteção de dados deverão conscientizar, de forma precisa, o que representa o RGPD, os seus contornos e o espírito das suas normas, estabelecendo as condições ideais para a conformidade com o Regulamento.

### **2.3 Da proteção de dados desde a concepção e por defeito: *privacy by design and by default***

O novo Regulamento Europeu prevê que, desde a concepção (*privacy by design*), de construção de bens, serviços, produtos, sistemas, sejam obedecidos os critérios de privacidade.

De acordo com o artigo 25 do RGPD, o responsável pelo tratamento de dados necessita aplicar, tanto no momento de definição dos meios de tratamento, como no momento do próprio tratamento, medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização e a minimização.

A pseudominimização é compreendida como o tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico e medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável. A minimização é compreendida como a limitação ao que é necessário, relativamente às finalidades para as quais são tratados os dados.

Essas técnicas são utilizadas para a aplicação e eficiência das garantias necessárias no tratamento, para cumprir os requisitos do RGPD, protegendo os direitos dos titulares dos dados.

Ainda, informa o Regulamento que, por concepção (*privacy by default*), só sejam tratados os dados pessoais que forem



necessários para finalidade específica de tratamento. Essa obrigação aplica-se, em especial, para assegurar que os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares.<sup>5</sup>

## 2.4 Implicações do RGPD nas empresas brasileiras

Visto que o RGPD prevê a necessidade de que todas as Empresas envolvidas com manipulação de dados pessoais dos cidadãos da comunidade europeia tenham de cumprir requisitos, a fim de estarem em *compliance* com o prescrito no Regulamento, é de fundamental importância abordarmos a ressonância do RGPD nas Empresas Brasileiras.

Empresas brasileiras que armazenem e/ou tratem dados pessoais de titulares europeus deverão atentar-se ao RGPD, uma vez que ela se aplica a entidades que processam dados pessoais, mesmo quando o tratamento se dá fora da limitação geográfica da União Europeia, desde que sejam oferecidos bens ou serviços a titulares de dados que sejam cidadãos da comunidade europeia. É o que preceitua o artigo 3º do presente Regulamento.

Além disso, é válido lembrar que foi sancionada em agosto de 2018 a Lei 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, a qual foi alterada pela MP 869 publicada no dia 28 de dezembro do mesmo ano.

Tal legislação possui grande inspiração no RGPD, tendo uma grande similaridade com os direitos e deveres lá mencionados. Nesse sentido, torna-se imprescindível a implementação de um programa de *compliance* digital, direcionado às questões referentes ao tratamento de dados pessoais no Brasil, em consonância com o RGPD, bem como com o ordenamento jurídico pátrio e demais normas e regulamentos referentes ao tema.

---

<sup>5</sup> IDEM.

## Conclusão

O Regulamento Europeu de Proteção de Dados influencia não apenas a Comunidade Europeia, como também, ressona em todos os países que tratem e/ou manipulem dados pessoais de cidadãos europeus.

A atual quadra vivida exige o acompanhamento das empresas para que possam implementar padrões éticos em suas atividades, não apenas por uma questão moral, mas sim, legal.

A gestão de compliance empresarial abarca diversas áreas jurídicas, sendo o objetivo deste trabalho a análise da ressonância do *compliance* no direito digital, mais precisamente, referente ao tratamento de dados pessoais, com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais, em suas múltiplas dimensões.

Vale ressaltar que a inobservância dos direitos fundamentais implica na ruptura das legítimas expectativas dos cidadãos e das empresas que pretendem agir com a devida eticidade, exigida no mercado atual.

A eficácia dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto privadas, atua como limite objetivo. O conteúdo da dignidade enuncia a compreensão de que o indivíduo é um fim em si mesmo, vedando-se a sua instrumentalização, o qual não pode ser tratado como meio para a consecução de objetivos ou metas de natureza coletiva.

Por todo exposto, é imprescindível que as organizações empresariais e a administração pública se atentem ao Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, que começou a vigor em maio de 2018, de forma a estarem em *compliance* com o que fora ali previsto, evitando riscos e possíveis danos que possam culminar na aplicação de multas gravíssimas e, principalmente, situações que possam ferir a reputação dessas organizações.

## Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª edição. Bauru, SP: Edipro, 2009.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991.<sup>[1]</sup><sub>SEP</sub>\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, jul/dez. 2011.
- GAYO, Miguel Recio. *El Delegado de Protección de Datos*. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2016.
- GARCÍA, José Leandro Núñez. *El Encargado del Tratamiento*. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2016.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.
- JORNAL O GLOBO. *Em dois dias, Facebook perde quase US\$ 50 bilhões em valor de mercado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/em-dois-dias-facebook-perde-quase-us-50-bilhoes-em-valor-de-mercado.ghtml>>. Acesso em: 20 abril 2018.
- PINAR MANAS, Jose Luis. *Introducción. Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Protección de Datos. Reglamento General de Protección de Datos – Hacia un nuevo modelo de privacidad*. Editora Reus: Madrid. 2016.

RODOTÀ, Stefano. *A vida da sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. *Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *O direito à proteção dos dados pessoais na sociedade da informação*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 36, jan/jun 2010, p. 178-199.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais*. Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre: PUCRS, 2007. Vol.1.

\_\_\_\_\_; RODRIGUEZ, Daniel P.; FINGER, Brunize. *O direito à proteção de dados pessoais e à privacidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, 2011. Vol. 53.

\_\_\_\_\_; MAÑAS, José Luis Piñar, Molinaro, Carlos Alberto (Orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. [recurso eletrônico] / Regina Linden Ruaro; José Luis Piñar Mañas; Carlos Alberto Molinaro (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). *Reclamento General de Protección de Datos: hacia um nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus, 2016.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32016Ro679>>. Acesso em: 20 abril 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



#### **IV - Direitos fundamentais na responsabilidade civil e penal**



## Nexo causal: “calcanhar de aquiles”<sup>1</sup> da responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil e em Portugal <sup>2</sup>

*Marcia Andrea Bühring* <sup>3</sup>

### 1 Introdução

No Brasil a responsabilidade civil por dano ambiental, tem por base a teoria do risco integral, pois independe de culpa, é objetiva, e

---

<sup>1</sup> Calcanhar de Aquiles: “Segundo a mitologia grega, Aquiles era um grande guerreiro, filho do rei Peleu (rei dos mirmidões) e de Tétis, deusa grega do mar. Tétis tentava garantir a imortalidade do seu filho ao mergulhá-lo nas águas do rio Estige. Foi dessa forma que Aquiles tornou-se invulnerável, exceto no único ponto por onde Tétis o segurou e que não foi molhado: o calcanhar. Aquiles venceu muitas batalhas na Guerra de Tróia, porém uma profecia indicava que morreria nessa guerra. E assim foi. Após matar Heitor e arrastar o seu corpo por Tróia, Páris, irmão de Heitor trespassou uma flecha pelo calcanhar do guerreiro Aquiles e o matou”. Disponível em: <https://www.significados.com.br/calcanhar-de-aquiles/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Refere Benjamin: “De certo modo contaminando os outros componentes da estrutura quadrangular, o nexa causal é considerado o *calcanhar de Aquiles* da responsabilidade civil pelo dano ambiental. As dificuldades aumentam ainda mais quando inexistente um acidente bem delimitado, um evento repentino na origem do dano, manifestando-se este, ao contrário, de forma lenta e progressiva, como uma doença. A degradação usualmente é fruto de comportamentos cumulativos, que operam a longo termo. O nexa causal é ainda enfraquecido pela distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental”. (BENJAMIN, 1998, p. 14).

<sup>2</sup> Artigo apresentado no V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. No dia 05 de junho de 2018, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

<sup>3</sup> Pós Doutoranda em Direito na FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora em Direito pela PUCRS. Mestre em direito pela UFPR. Professora da Escola de Direito da PUCRS. Professora da UCS - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: Responsabilidade Civil Ambiental e Direito do Clima. Professora da ESMAFE. Advogada e Parecerista. Membro do CEJ-Comissão do Ensino Jurídico da OAB-RS. E-mail: [mabuhrin@ucs.br](mailto:mabuhrin@ucs.br); [marcia.buhring@pucrs.br](mailto:marcia.buhring@pucrs.br).



não dispensa a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta/atividade/risco da atividade e o dano ambiental.

A partir de diferentes teorias do nexo causal que são apresentadas pela doutrina, a exemplo da teoria da equivalência das condições, da causa próxima, da causa eficiente, da causa preponderante, e da causalidade adequada, sendo essa última adotada pelo Brasil, no que tange a responsabilidade civil por danos ambientais, e isso resta perfectibilizado em 22 de novembro de 2017, quando o STJ – Superior Tribunal de Justiça, publicou os 2 acórdãos de mérito dos Recursos Especiais de nº 1.602.106/PR e nº 1.596.081/PR, que eram os representativos da controvérsia repetitiva – Tema 957, cuja discussão girava em torno da “responsabilidade das empresas adquirentes da carga do Navio Vicuña pelo dano ambiental decorrente da explosão na baía de Paranaguá”.

A partir do julgado, em 2017, foi firmado de forma definitiva o precedente quanto as “empresas adquirentes da carga”, o que acarretou na suspensão da tramitação dos processos, tanto individuais como coletivos, que abordavam a temática, pois julgado na 2ª Seção - Recursos repetitivos, com alusão aos artigos 1.036 e 1.037 do CPC – Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105.

O método adotado, é o indutivo, pois parte da análise desse caso concreto do navio Vicuña, de bandeira Chilena.

E, dessa forma, dividiu-se a abordagem em dois tópicos, no primeiro, o fundamento Constitucional, com a CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988 e infra constitucional, com a LPNMA/81 – Lei da Política Nacional do meio ambiente nº 6.838 de 1981 e CC/02 – Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406 de 2002 e CPC/15 – Código de Processo Civil brasileiro, lei 13.105 de 2015. Assim como a menção no direito Português da CFP/76 – Constituição Federal Portuguesa de 1976 e o CCP/66 – Código Civil Português de 1966. Além da LBA – Lei de Bases do Ambiente de Portugal, e mais recentemente a DE35/04 – Diretiva europeia, 2004/35, do

Parlamento Europeu e do Conselho, e o Decreto Lei - DL147/2008, de 29 de Julho.

No segundo tópico o “Histórico do Caso e do processo” com as duas teses defendidas pela 8ª e 9ª Câmara do STJ e a análise do “Nexo Causal”, como “Calcanhar de Aquiles”, ou ponto fraco, pela dificuldade na sua comprovação e muitas vezes, como no caso concreto, “enfraquecido pela distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental”.

## **2 Fundamentos: constitucional e infra-constitucional brasileiro e português**

Antes mesmo da CF/88, um Decreto nº 79.437, de 28/03/1977 internalizou a “Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo”, de 1969, que significou um grande marco para uma maior responsabilização na área ambiental, mesmo que em termos práticos, fossem necessários alguns anos a mais para uma efetiva responsabilização.

Vale a menção de que as seis Constituições, anteriores a 1988, não fizeram menção direta [apenas de forma indireta] a proteção ambiental. Mas a bom tempo, e com base na atual CF/88, o artigo 225 §3º, traz que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Ou seja, fixou definitivamente a tripla responsabilidade, a penal, a administrativa e principalmente a civil.

A leitura da Constituição precisa ser realizada observando também a lei específica, uma das leis ambientais mais importantes, pois fixa as diretrizes gerais para área ambiental, e que traz a responsabilidade objetiva, e a atividade ou risco da atividade, ou seja, o artigo 14, da LPNMA/81 menciona diretamente a sujeição dos transgressores [poluidores] à tripla responsabilidade: “Sem

prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores”, e principalmente a menção à responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, “§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, note-se, em razão da atividade [e não da culpa].

Mas quem é o poluidor ao qual se refere a Tese, ora em comento, do caso Navio Vicuña? *Ora, o poluidor direto é o que pratica a poluição de forma decisiva e principal e poluidor indireto é aquele que ajuda na prática da poluição.*

Cabe referir que a LPNMA/81, no artigo 3º I, primeiro define Meio Ambiente: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. E no artigo 3º III, que define o que se entende por Poluição:

[...] a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

A resposta a pergunta formulada vem expressamente destacada no artigo 3º IV, ou seja, define como “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, **direta ou indiretamente**, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Conjugando esforços, na interpretação da legislação infra, a base da responsabilidade civil geral, vem do CC/02, e que encontra no artigo 927 a menção de que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Por conseguinte, é no parágrafo único, do artigo 927, que se vincula a responsabilidade civil geral com a responsabilidade civil por dano ambiental: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, pois esse parágrafo, inserido pós CF/88, em 2002, vincula a responsabilidade civil à seara ambiental, mencionando (lei específica, qual seja, a Lei da Política Nacional, que é da área ambiental exclusivamente), e mais, menciona também a atividade e acrescenta agora o risco da atividade.

Lembrando ainda, que é no artigo 3º da LPNMA/81 a menção expressa a tripla responsabilidade – penal, administrativa e civil: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”, ou seja, estende inclusive às pessoas jurídicas, seja de forma isolada, cumulativa, ou alternativa: “Art. 21. As penas aplicáveis isoladamente, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no artigo 3º[...]”.

Vale também a menção expressa na CF/88, da responsabilidade objetiva do Estado, no artigo 37, § 6º: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” § 6º “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Lembrando também da discordância da doutrina e da jurisprudência brasileira no que tange a atos comissivos e omissivos, e da responsabilidade [nesses casos] subjetiva e objetiva, por se tratar da Administração Pública.

Por fim, CPC/15, nos artigos 1.036 e 1.037 expressa. “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento” e § 1º “O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso”.

E no artigo 1.037 menciona: “Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...] II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional[...]”.

Por outro lado, a CFP/76, no artigo 9º, alínea “e”, traz as tarefas do Estado de defender a natureza e o ambiente e no artigo 43º no qual impõe a obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil àqueles que exerçam atividades de alto risco. Assim como no seu artigo 66º, no qual institui as políticas ambientais.

Também o CCP/66, aduz no artigo 483 que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, e que “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”, sendo que pelo artigo 493º, nº

2, também do CCP/66, a responsabilidade é subjetiva, “por danos causados por animais, coisas ou atividades”, e que “quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providencias exigidas pelas circunstancias com o fim de os prevenir”. Ou seja, admite exceções.

Por conseguinte, também a LBA 11/87, que ratificou a responsabilidade subjetiva no art. 40, mas que no artigo 41º previu a responsabilidade objetiva em “danos significativos no ambiente” causados por ações perigosas.

E mais recentemente a Diretiva Europeia, 2004/35, do Parlamento Europeu e do Conselho, que “trata da responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, prescinde da análise da culpa em relação às atividades constantes do seu anexo III, adotando-se, nesses casos, a responsabilidade objetiva”. E que foi internalizada por Portugal, logo vige e se aplica em Portugal também a Diretiva.

O Decreto Lei - DL147/2008, de 29 de Julho, “que estabelece o Regime Jurídico Da Responsabilidade Por Danos Ambientais, e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais”, e que no artigo 5.º traz o Nexo de causalidade, segundo critério de verosimilhança e de probabilidade: “A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Decreto Lei - DL147/2008, de 29 de Julho: Responsabilidade civil - Artigo 7.º *Responsabilidade objectiva* “Quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no anexo iii ao

Ou seja, o que justifica o estudo comparativo da responsabilidade civil ambiental entre os dois países (ainda que de dimensões continentais desproporcionais), e com realidades distintas, Brasil e Portugal, é a importância que o tema possui para a ordem interna e internacional, e para as presentes e futuras gerações.

### **3 Caso Navio Vicuña - recurso especial STJ nº 1.596.081/PR e o nexó causal**

O julgamento do STJ, publicou os 2 acórdãos de mérito dos Recursos Especiais de nº 1.602.106/PR e nº 1.596.081/PR, que eram os representativos da controvérsia repetitiva. (STJ).

Vamos ao Histórico do Caso Concreto: No dia 15 de novembro de 2004, no terminal [privado] da empresa Cattalini Terminais Marítimos, e durante a operação de descarga, no Porto de Paranaguá/PR, “o Navio tanque Vicuña, de bandeira chilena, de propriedade da Sociedad Naviera Ultragaz, explodiu, causando - além da morte de 4 (quatro) de seus tripulantes, de avarias ao cais, às instalações do terminal e a pequenas embarcações próximas”. (STJ) Os danos ambientais restaram visíveis, pois causou “a contaminação do ambiente pelo óleo combustível da embarcação (óleo bunker, óleo diesel e óleos lubrificantes) e por parte de sua carga (metanol)”. (STJ).

---

presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”. E Artigo 8.º *Responsabilidade subjectiva* “Quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”. Artigo 9.º Culpa do lesado “A reparação a que haja lugar nos termos dos artigos anteriores pode ser reduzida ou excluída, tendo em conta as circunstâncias do caso, quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento do dano”. Artigo 10.º Dupla reparação “1 - Os lesados referidos nos artigos anteriores não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos do capítulo seguinte. 2 - As reclamações dos lesados em quaisquer processos ou procedimentos não exoneram o operador responsável da adopção plena e efectiva das medidas de prevenção ou de reparação que resultem da aplicação do presente decreto-lei nem impede a actuação das autoridades administrativas para esse efeito”.

Destaque-se que o navio chegou ao Porto de Paranaguá-PR “transportando 11.226,521 toneladas de metanol, produto que tinha as três empresas: 5.546,521 toneladas destinadas a Borden Química Indústria e Comércio Ltda”. (Atualmente denominada Momentive Química do Brasil Ltda.), “3.670 toneladas destinadas a Dynea Brasil S.A”. (atualmente incorporada por Arauco do Brasil S.A.) e “2.010 toneladas destinadas a Synteko Produtos Químicos S.A. (atualmente denominada GPC Química S.A.)” (STJ).

Acrescente-se que no momento da explosão já haviam sido descarregadas, no terminal portuário, “7.147,288 toneladas do metanol transportado. Restando, a bordo 4.079,233 toneladas”, que queimaram e foram diluídas pela água do mar. (STJ).

Agora, vamos ao histórico do processo intentado pela pescadora:<sup>5</sup> A pescadora Lilian Carvalho, ingressou com recurso

---

<sup>5</sup> Pela importância histórica do julgado, colaciona-se na íntegra a Ementa RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.081 - PR (2016/0108822-1) de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOSÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO DE TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO. 1. Ação indenizatória ajuizada por pescadora em desfavor apenas das empresas adquirentes (destinatárias) da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão, em 15/11/2004, no Porto de Paranaguá. Pretensão da autora de se ver compensada por danos morais decorrentes da proibição temporária da pesca (2 meses) determinada em virtude da contaminação ambiental provocada pelo acidente. 2. *Acórdão recorrido que concluiu pela improcedência do pedido ao fundamento de não estar configurado, na hipótese, nexo de causal capaz de vincular o resultado danoso ao comportamento de empresas que, sendo meras adquirentes da carga transportada, em nada teriam contribuído para o acidente, nem sequer de forma indireta.* 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), “a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato” (REsp nº 1.374.284/MG). 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador. 5. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação. 6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização - na condição de poluidora indireta - Documento: 1638872 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 22/11/2017 Página 1 de 50 Superior Tribunal de Justiça acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento



especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, “que ajuizou ação indenizatória contra as 3 empresas (Borden, Momentive, Dynea) pleiteando danos morais que teria suportado por ter sido temporariamente impedida de exercer sua profissão de pescadora em virtude do acidente”. (STJ).

Em sua petição inicial, “alegou que as Empresas seriam destinatárias (proprietárias) da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão e que por isso seriam também solidariamente responsáveis pelos danos”. (STJ).

Logo, o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido “sob o fundamento de que (i) o dano moral, no caso, não teria sido comprovado e (ii) não haveria nexo causal entre a conduta das rés e o dano moral alegadamente suportado pela autora da demanda”. (STJ).

A discussão deu-se por meio de duas teses do nexo de causalidade:

*Uma das teses*, que restou vencida no julgamento do STJ, foi da 8ª Câmara Cível do Estado do Paraná.

[...]a Oitava Câmara Cível do TJ/PR que, dando provimento ao recurso de apelação intentado pela autora, concluíram que a hipótese seria de responsabilidade objetiva com adoção da teoria do risco integral e que, ao contrário do que decidido pelo magistrado sentenciante, estaria, sim, configurado o nexo de causalidade, pois este consistiria na própria “atividade de risco indiretamente assumida pelas proprietárias da carga poluente transportada. (STJ).

Portanto, o nexo restaria configurado, no caso, pelo fato e em razão da atividade ser de risco, assumido na responsabilidade civil

---

omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse insito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada. 7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: *As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).* 8. *Recurso especial não provido.* (grifou-se)”.

ambiental, ainda que de forma indireta, independente de provar que a tradição ocorreu, para que pudessem ser consideradas proprietárias.

A *outra tese*, que ficou vencedora do STJ, foi da 9ª Câmara Cível do Estado do Paraná.

[...]a Nona Câmara Cível deste mesmo Tribunal, em idêntica situação, concluiu que a adição da teoria do risco integral não afasta a necessidade de comprovar a existência do nexo de causalidade, como pressuposto necessário para caracterizar a responsabilidade civil. E entende que, no caso, ‘não há como estabelecer nexo de causalidade entre o simples fato de a carga transportada pelo navio ter sido adquirida pelas rés e os danos reclamados na inicial’, concluindo que ‘não se revela razoável imputar às rés a responsabilidade pelos prejuízos causados pela explosão do navio, já que o evento danoso ocorreu antes da tradição. (STJ).

Logo, há necessidade de comprovação do nexo causal, pois é pressuposto da responsabilidade, e embora tenham adquirido o produto que causou o dano, e mesmo não foi entregue, logo ainda não eram efetivamente proprietárias.

No STJ, a Segunda Sessão, reformou o acórdão do TJPR, com provimento ao Recurso Especial Repetitivo, fora afastada a responsabilidade das rés-adquirentes da carga – com fundamento baseado na ausência do nexo causal entre a conduta de adquirir a carga e causar o dano ambiental, ou seja, pela inexistência de liame causal entre o dano ambiental e a conduta de adquirir a carga transportada. Assim, restou confirmada a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, com previsão no artigo 403 do CC/02.

Portanto, não houve a tradição do produto vendido, porque o produto comprado não chegou a ser entregue, e com base no art. 492 do Código Civil Brasileiro de 2002 a responsabilidade é do vendedor.: “Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

Vele mencionar ainda a legislação sobre segurança do transporte marítimo, Lei n. 7.203, de 03 de julho de 1984, que no artigo 3º expressa: “Quando a embarcação, coisa ou bem em perigo representar um risco de dano a terceiros ou ao meio ambiente, o armador ou o proprietário, conforme o caso, será o responsável pelas providências necessárias para anular ou minimizar esse risco e, caso o dano se concretize, pelas suas consequências sobre terceiros ou sobre o meio ambiente, sem prejuízo do direito regressivo que lhe possa corresponder”. Portanto, responde o armador ou o proprietário, pelo risco e pelas consequências do dano.

E, como se mencionou no início, a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969, foi internalizada no Brasil pelo Decreto 79.437, de 28/03/1977. Conforme preconiza o artigo III 1. “o proprietário do navio no momento do incidente, ou se o incidente consiste de sucessão de fatos, no momento do primeiro fato, será responsável por qualquer dano por poluição causado por óleo que tenha sido derramado descarregado de seu navio como resultado do incidente”, portanto o proprietário do navio, responde objetivamente, em razão do risco.

Novo precedente paradigma representa um avanço? No Brasil, são precedentes: aqueles sumulados, decididos com repercussão geral ou ainda, oriundos de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou recursos repetitivos, como é o caso, apresentado, pela expressa menção do CPC/15, art. 927, III vinculando os Tribunais Inferiores em todo país. Logo, é precedente de aplicação obrigatória, e sim representa um avanço, pois o nexo causal sempre precisa ser comprovado.

No voto, destaca o Min. Cueva, (p. 13) nos casos de responsabilidade civil por danos ambientais, a aplicação é da teoria do risco integral, o que não exime os autores do dever de comprovar e demonstrar a existência de nexo causal. Ou seja, a responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil é objetiva, baseada na teoria do risco integral (e integral, tem amplo

significado, do que integra, de amplamente considerado), mas, imprescindível, demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

O que também é respaldado no Voto Vista do Min. Salomão (p. 37) ao advertir que a teoria da causalidade é que deve ser utilizada para fins de responsabilidade civil ambiental, em âmbito nacional e não a teoria da equivalência das condições.

A abalizada doutrina especializada em responsabilidade civil é uníssona ao afirmar que, na seara da responsabilidade civil, inclusive no tocante ao risco integral, para aferir se um dano pode ser imputado a outrem em razão de sua conduta, não há falar em invocação da teoria da equivalência das condições, de índole generalizadora, admitida apenas no âmbito penal.

Amparado em Carpes, (2016, p. 53-55) menciona que a teoria da causalidade adequada é a mais adequada e capaz de justificar o nexo causal no plano jurídico, pois "constitui o retrato mais próximo do modelo nomológico científico da explicação causal". Por fim, fixa Min. Cuevas, (p. 50) para efeitos do art. 1.040 do CPC/2015, a seguinte *tese*:

*As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicunã no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado).* Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão (voto-vista), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Portanto, nexo causal, como já se afirmou em outra oportunidade, “é o vínculo que relaciona o ato ou fato à

consequência provocada por ele”, (STF, Glossário) ou ainda, a palavra *nexo*, significa ligação, vínculo, união, elo. A palavra *causalidade* significa relação de causa e efeito. (BÜHRING, 2004, p. 117). Assim, o nexo de causalidade, é a ligação entre ação, omissão, atividade e o dano causado.

Pela importância histórica, verifica-se com Heyting (1932, p. 239), a descrição no caso *Leyland Shipping Co. v. Norwich Fire Insurance Society (1918)*<sup>6</sup> na qual apresenta importante e curiosa definição sobre a causalidade: “Causalidade não é uma corrente, mas sim uma rede. Em cada ponto as forças de influência, eventos, precedentes, e simultaneidades encontram-se e as radiações de cada ponto se estendem infinitamente”.<sup>7</sup> E é esse ponto de confluência, o principal aspecto prático para que se possa estabelecer, “lincar”, ligar, a causa/atividade e o dano, e consequentemente o dever de indenizar.

Já a consolidação no Brasil, se deu com a Jurisprudência do STJ, que sempre levou e leva em consideração a ponderação,<sup>8</sup> e a interpretação e adequação ao caso concreto. Isso porque, compreender, delimitar, interpretar é estabelecer o alcance de um propósito, no caso, responsabilizar o causador do dano ambiental, revelando assim o seu sentido. Como aduz Freitas, (2000, p. 18) o “jurista é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito”.

---

<sup>6</sup> Para ver mais sobre o caso: “regra geral de causalidade a ser aplicada com a finalidade de resolver disputas sobre a causa da perda etc...”. (Case: *Leyland Shipping Co. v. Norwich Fire Insurance Society* (1918).

<sup>7</sup> Tradução livre de: “Causation is not a chain, but a net. At each point influences, forces, events, precedent and simultaneous, meet, and the radiations from each point extend infinitely”. (HEYTING, 1932, p. 264).

<sup>8</sup> Explica Alexy que a lei da ponderação obedece a três fases. “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”. (ALEXY, 1999, p. 278).

Nas lavras do Min. Benjamin, (1998, p. 6) a menção a especificidade na seara ambiental: “A responsabilidade civil, na sua formulação tradicional, não poderia agregar muito à proteção do meio ambiente; seria mais um caso de *law in the books*, o Direito sem aplicação prática”.

Por isso, na tutela ambiental, fez-se necessário, traçar contornos diversos, assim como o meio ambiente é um bem de todos, a sua preservação um dever inerente a todos também. Ao que Steigleder (2017, p.173), menciona, que o nexos de causalidade na seara da responsabilidade civil ambiental, é submetido também a critérios normativos, valorativos para sua verificação, “a identificação da causa de um dano implica juízos de valor, informados pelo direito, em que se fazem escolhas, fundadas em critérios tais como adequação social, periculosidade, da atividade, proximidade temporal entre ação e a omissão e o dano, probabilidade, etc.”.

E para complementar o raciocínio, Nery Júnior, (1984, p. 175) adverte que ainda que a “emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos pelas normas de segurança, ainda que a indústria tenha tomado todos os cuidados para evitar o dano, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor, há o nexos causal que faz nascer o dever de indenizar”, com o que se concorda, (até porque essa menção é anterior a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988) pois se houver a comprovação do nexos causal entre a atividade e o dano, cumpre ao ofensor o dever de resposta, de responsabilidade.

Nesse sentido, menciona Benjamin, (1998, p. 40) que a grande novidade da lei, foi a alteração radical de paradigma jurídico e ético “estritamente antropocêntrico a um outro de caráter misto, antropocêntrico-ecocêntrico, é o indicador juridicamente mais exuberante da Lei n. 6938/81”.

De fato, o tormento continua sendo a comprovação do nexos causal, como bem refere o ministro Benjamin (1998, p. 53), “enfraquecido pela distância entre o que gera o dano ambiental e a

manifestação efetiva desse”. É o que resta confirmado no julgamento do mais importante julgado, REsp. nº 1.596.081, no qual o STJ confirmou o entendimento: “em que pese a responsabilidade por dano ambiental ser objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração do nexo causal a vincular o resultado lesivo à conduta efetivamente perpetrada por seu suposto causador”. Portanto, resta evidente a necessidade de demonstrar a existência de nexo causal, até porque não é possível presumi-lo, no Brasil, nos casos de responsabilidade civil por dano ambiental.

Note-se a observação no fundamento da alteração do entendimento, que não se prescinde, ou seja, continua sendo fundamental estabelecer o nexo de causalidade entre a atividade mencionada na lei art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (fato ocorrido e a ação ou omissão daquele a quem se pretenda responsabilizar pelo dano ocorrido).

Por outro lado, esse foi outro importante julgado do Min. Salomão, no REsp. nº 1.374.284 - MG (2012/0108265-7), cujo recorrente, foi uma mineradora, no caso de rompimento de barragem, menciona textualmente que o nexo causal é fator aglutinante.<sup>9</sup> Reafirme-se, fator aglutinante que reúne contemporaneamente riscos e incertezas, presentes e vindouras, e que, conforme Steigleder, (2017, p. 173) ampliam a função da responsabilidade civil, ou ainda, conforme Carvalho (2013, p. 67), “para tanto o direito ambiental, deve criar um instrumento jurídico, suficientemente complexo para lidar com a incerteza das consequências futuras de determinadas atividades”, em tempos

---

<sup>9</sup> Responsabilidade Civil Por Dano Ambiental. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C Do CPC. Danos Decorrentes do Rompimento de Barragem. Acidente Ambiental ocorrido, em Janeiro De 2007, nos *Municípios De Miraf E Muriaé*, Estado De Minas Gerais. Teoria Do Risco Integral. Nexo De Causalidade. [...] a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (STJ, REsp 1374284/MG, Salomão, j. 27/08/2014). (grifou-se).

complexos, de danos presentes ou futuros, é indispensável o controle e também a regulamentação dos novos experimentos e inovações tecnológicas. Ou seja, capaz de assegurar, as presentes e também as futuras gerações um meio ambiente que seja efetivamente um bem juridicamente adequado, saudável.

A responsabilidade ambiental é objetiva, baseada no risco integral da atividade, bastando, para tanto, a comprovação do nexo, o liame causal entre o evento danoso e o seu vínculo com a fonte poluidora, ou seja, a atividade. E sequer as excludentes são observadas com o intuito de se eximir de reparar o dano.

Portanto, estabelecer o nexo de causalidade é fundamental para uma possível e efetiva responsabilização, inclusive, existem diferentes teorias [a primeira, da equivalência das condições; a segunda, chamada de causa próxima, a terceira da causalidade eficiente, a quarta, chamada de causa preponderante e a quinta, adotada pelo Brasil, causalidade adequada]. (BÜHRING, 2018), aprofundadas em outra oportunidade.

O que restou demonstrado no próprio Tribunal de forma antecedente no REsp. 1307032/PR, de relatoria do Min. Raul Araújo, da Quarta Turma, julgado em 18/06/2013, e publicado no DJe em 1/8/2013 na aferição do nexo de causalidade.<sup>10</sup>

E assim também vale a menção do precedente, no qual expressamente adota a teoria da causalidade adequada para o exame do nexo causal na responsabilidade civil por dano ambiental (Terceira Turma, REsp 1.615.971/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> [...] **a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato**, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403). (REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 1/8/2013) (Grifou-se).

<sup>11</sup> 1. Recurso Especial. De Brazuca Auto Posto Ltda. - Epp E Jayro Francisco Machado Lessa. Civil. Responsabilidade Civil. Vazamento De Gasolina Em Posto De Combustível. Danos Materiais E Ambientais De Grandes Proporções. Nexo De Causalidade. *Teoria Da Causalidade Adequada*. Concorrência De Causas [...]. 2. *a doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente*



Importante mencionar que os Tribunais Inferiores, páis afora, estavam utilizando de forma excessiva a chamada flexibilização do nexos causal com base no *precedente até então paradigma*, REsp nº 1.071.741/SP Julgado em 24 de março de 2009 e publicado Dje em 16/12/2010,<sup>12</sup> de relatoria do Min. Benjamin. Ou seja, para apurar o nexos causal, equiparam-se “quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem”.<sup>13</sup>

---

*pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403), segundo a qual somente se considera existente o nexos causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo. 3. A adoção da aludida teoria da causalidade adequada pode ensejar que, na aferição do nexos de causalidade, [...] (REsp 1615971/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, Dje 07/10/2016) (Grifou-se).*

<sup>12</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741 - SP (2008/0146043-5) Relator: Ministro Herman Benjamin. Ambiental. Unidade De Conservação De Proteção Integral (Lei 9.985/00). Ocupação E Construção Ilegal Por Particular No Parque Estadual De Jacupiranga. Turbação E Esbulho De Bem Público. Dever-Poder De Controle E Fiscalização Ambiental Do Estado. Omissão. Art. 70, § 1º, Da Lei 9.605/1998. Desforço Imediato. Art. 1.210, § 1º, Do Código Civil. Artigos 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, Da Lei 6.938/1981 (Lei Da Política Nacional Do Meio Ambiente). Conceito De Poluidor. Responsabilidade Civil Do Estado De Natureza Solidária, Objetiva, Ilimitada E De Execução Subsidiária. Litisconsórcio Facultativo.

[...] 12. *Para o fim de apuração do nexos de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.*

[...] 18. Recurso Especial provido. Brasília, 24 de março de 2009 (data do julgamento). (Grifou-se). Disponível em: <[https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Estado.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf)>. Acesso em 20 dez. 2017.

<sup>13</sup> Interessante contribuição acerca desse julgado faz Machado, (2017, p. 365-366) veja-se: *1 Quem faz* - ‘As empresas compradoras do metanol não fizeram nada que as envolvesse na ação ocorrida no navio Vicuña, no dia e hora em que ocorreram as explosões e incêndio no referido navio. Pelo fato de terem adquirido produtos, que não lhes foram entregues, não praticaram poluição direta ou indireta’. *2 Quem não faz, quando deveria fazer* - ‘As empresas compradoras do metanol não tiveram nenhuma possibilidade de prevenir os danos ambientais ocorridos. Não intervieram no combate ao incêndio ocorrido, pois para isso estava presente o Corpo de Bombeiros. Não tinham qualquer poder para interferir nos procedimentos de desembargue tanto no navio, como no terminal marítimo’. *3 Quem deixa fazer* - ‘As empresas compradoras do metanol não tiveram nenhuma atitude omissiva, deixando que se fizesse algo contra a legislação ambiental. O produto comprado era regularmente admitido para o transporte marítimo. Nada estava sendo feito às escondidas ou ao arrepio da legislação de segurança e de meio ambiente.’ - *4 Quem não se importa que façam* ‘As empresas compradoras do metanol dão importância à legalidade de suas condutas. Não desprezam o meio ambiente e valorizam o trabalho dos pescadores. Foi um acidente lamentável, e em nada contribuíram para a sua ocorrência. Cabe, sim,

E isso gerou ampla e irrestrita interpretação e responsabilização de forma indiscriminada, inclusive chegando ao ponto da alegação de que pelo fato do Brasil ter adotado a teoria do risco integral, e não admitir as excludentes na seara ambiental, a comprovação do nexo causal não seria necessária. O que não é verdade, pois é fundamental, e imprescindível se estabelecer esse vínculo. Sendo que no final de 2017, o entendimento foi modificado, e que representa hoje, grande avanço, muito embora parem ainda acerca do tema inúmeras dúvidas.

Por outro lado, adverte Leitão (2009, p. 28), que em Portugal, a doutrina mais moderna sobre o nexo de causalidade “abandonou a solução legal da causalidade adequada e *adopta a doutrina do escopo da norma violada*, imputando ao agente por intermédio da conditio *sine qua non* os danos correspondentes às posições que são garantidas pelas normas violadas”. E refere mais,

só que mesmo este desenvolvimento não é suficiente em sede ambiental, sendo que a própria demonstração da *conditio sine qua non* raramente é susceptível de ocorrer em sede ambiental, já que a prova da causalidade é normalmente limitada a hipóteses puramente estatísticas, ocorrendo ainda situações de causalidade alternativa, em que apenas se sabe que os autores da lesão estarão entre vários

---

aos Legisladores preverem normas mais estritas de segurança do transporte marítimo. Ao efetuarem a compra do produto transportado as empresas estavam atuando legitimamente e dando emprego a pessoas e famílias que possibilitam o desenvolvimento sustentável do Brasil.’ 5 *Quem financia para que façam* ‘As empresas compradoras do metanol não financiaram a poluição direta ou indireta. Elas também sofreram economicamente, porque não lhes foi entregue a mercadoria de que precisavam para exercer a atividade econômica que desempenham.’ 6 *Quem cala quando tinha o dever de denunciar* - ‘As empresas compradoras do metanol não se calaram, como não agiram clandestinamente. Elas não tiveram que denunciar a empresa proprietária do navio e nem a empresa responsável pelo terminal marítimo, porque prontamente a Capitania dos Portos, o Instituto Ambiental do Paraná e o IBAMA tomaram as providências que lhes são devidas, tendo o caso sido apreciado, também, pelo Tribunal Marítimo’. 7 *Quem se beneficia quando outros fazem* - ‘As empresas compradoras do metanol não tiveram nenhum benefício com a ocorrência das explosões e incêndio no navio Vicuña e, também, não tiveram nenhum benefício com a suspensão da pesca. Contraria a lógica normal dos fatos, ou o que comumente acontece na vida cotidiana, que as empresas retirem qualquer benefício com a ação ou a omissão da proprietária do navio e do terminal marítimo. Estas empresas são as exclusivas responsáveis pela poluição e pelo ressarcimento dos danos. Mostrou-se amplamente que não se tem fundamento para invocar a solidariedade no sentido de imputar responsabilidade às empresas compradoras do metanol.’

agentes, mas não se sabendo em concreto qual deles causou o dano. [...] Quanto à relevância da causalidade estatística, parece-nos que actualmente a prova da causalidade por essa via já é possível através da utilização das presunções judiciais (art. 351º do Código Civil).

Também propõe Cordeiro (1994, p. 390) “hipóteses de facilitação da causalidade, designadamente aceitando a relevância da causalidade estatística ou responsabilizando todos os participantes no caso de causalidade alternativa”. Também a jurisprudência portuguesa adverte que o a prova do nexo é fundamental, cujo dano ambiental [nesse caso] não foi ressarcido justamente por falta de prova do nexo de causalidade.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL. Disponível em: <https://www.stj.pt/>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

Acórdão no Supremo Tribunal de Justiça: A, B e Mulher, C todos com os sinais dos autos, intentaram contra D, nos Juízos Cíveis da comarca do Porto, acção em processo ordinário em que pediram a condenação da Ré a: A) solver a quantia de esc. 5192000 escudos, a título de ressarcimento pelos prejuízos e danos patrimoniais já apurados, sendo 5000000 escudos de lucros cessantes e 192000 escudos da matéria peticionada nos itens 53º a 54ºA; B) indemnizar a 1ª autora por todos os danos futuros que venham a ser quantificados, a liquidar e a determinar em execução de sentença; C) pagar aos 2º e 3º autores a quantia de 1000000 escudos como compensação pelos danos morais sofridos; D) pagar os juros legais, contados desde a citação até integral pagamento. Fundamentando a sua pretensão, alegaram, em síntese, que, com o derrame do combustível verificado num posto de abastecimento da Ré, sito na comarca de Santa Maria da Feira, ficou contaminada a água de um poço que abastecia o restaurante da sociedade-autora e a casa dos restantes autores, o que provocou prejuízos no funcionamento da primeira e afectou o normal abastecimento dos segundos, com as consequências relatadas na petição inicial. [...]

2. - Ter-se-á presente, ao nível do nosso ordenamento jurídico, que o artigo 41º da LBA (Lei nº 11/87, de 7 de Abril) veio introduzir, no quadro da responsabilidade civil no domínio do ambiente, a *responsabilidade objectiva*, inovação da maior relevância, em face do princípio geral do nº 2 do artigo 483º do Código Civil, segundo o qual “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa, nos casos especificados na lei” [...] 2.2. Consagrando a “*responsabilidade objectiva*”, o artigo 41º da LBA [...]. Ora, mesmo na tese mais favorável para os recorrentes, no que diz respeito ao nexo de causalidade, acima referida, *sempre terá de existir, no mínimo, a probabilidade - ou plausibilidade - de se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano. [...] a questão em apreço não encontra solução que lhes seja favorável no quadro da invocação dos princípios da responsabilidade objectiva, pela simples razão de que inexistente, no caso vertente, a prova de que a contaminação da água do poço dos autores possa ter sido provocada pelo derrame de combustível verificado em virtude da ruptura do depósito da Ré*. Ou seja, inexistente a prova do dano, como consequência, ainda que no plano da probabilidade ou da verossimilhança, do derrame do combustível. Termos em que, na improcedência do recurso, se confirma a decisão recorrida. Custas pelos recorrentes. Lisboa, 2 de Junho de 1998. Garcia Marques, Aragão Seia, Ferreira Ramos (Supremo Tribunal de Justiça – Portugal. Acórdão nº 971711, Magistrado Responsável: Garcia Marques, de 02 de junho de 1998). (grifou-se)

Por fim, a menção ao Decreto Lei - DL147/2008, que estabelece o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais, e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/35/CE, e principalmente a menção expressa do critério de verosimilhança e de probabilidade no artigo 5.º sobre o nexo de causalidade.

#### **4 Considerações finais**

A palavra *nexo*, significa ligação, vínculo, união, elo. A palavra *causalidade* significa relação de causa e efeito. Assim, o nexo de causalidade, é a ligação entre ação, omissão, atividade e o dano causado. E é esse ponto de confluência, o principal aspecto prático para que se possa estabelecer, “lincar”, ligar, a causa/atividade e o dano, e consequentemente o dever de indenizar.

Essa consolidação no Brasil, se deu com a Jurisprudência do STJ, que sempre levou e leva em consideração a ponderação, e a interpretação e adequação ao caso concreto. Isso porque, compreender, delimitar, interpretar é estabelecer o alcance de um propósito, no caso, responsabilizar o causador do dano ambiental, pois havendo a comprovação do nexo causal entre a conduta/atividade e o dano, cumpre ao ofensor o dever de resposta, de responsabilidade, pois é objetiva, baseada no risco integral, cujas excludentes, não são observadas com o intuito de se eximir de reparar o dano.

Pois, na tutela ambiental, fez-se necessário, traçar contornos diversos, na medida em que o meio ambiente é um bem de todos, a sua preservação também é um dever inerente a todos também, capaz de assegurar, às presentes e também às futuras gerações um meio ambiente melhor, mais saudável, e mais protegido.

Por outro lado, em Portugal, a doutrina mais moderna sobre o nexo de causalidade abandonou a solução legal da causalidade adequada e adopta a doutrina do escopo da norma violada, diferente, portanto, da ordem nacional brasileira.

O que importa afinal, é a teoria da causalidade adequada, que já havia sido demonstrado pelo STJ de forma antecedente no REsp.

nº1.307.032/PR, de relatoria do Min. Raul Araújo, da Quarta Turma, julgado em 2013, com destaque a doutrina majoritária de Direito Civil que adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão).

E cumpre destacar outro precedente do STJ, mais especificamente para a responsabilidade civil por dano ambiental da Terceira Turma, REsp nº1.615.971/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira art. 403 do CC/2002, pelo qual o nexo causal só existe quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo.

Ainda que os Tribunais Inferiores, país afora, estavam utilizando de forma excessiva a chamada flexibilização do nexo causal com base no precedente até então paradigma, REsp nº1.071.741/SP, julgado em 2009 de relatoria do Min. Benjamim, quando textualmente menciona: para apurar o nexo causal, equiparam-se “quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem”. O que, de certa forma, gerou ampla e irrestrita interpretação e responsabilização de forma indiscriminada, inclusive chegando ao ponto da alegação de que pelo fato do Brasil ter adotado a teoria do risco integral, e não admitir as excludentes na seara ambiental, a comprovação do nexo causal não seria necessária. O que não é verdade, pois é fundamental, e imprescindível se estabelecer esse vínculo.

Sanado agora, a partir de 2017, novo precedente paradigma e que representa um grande avanço o julgamento do STJ, [pois no Brasil não se admite a presunção do nexo] que publicou os 2 acórdãos de mérito dos Recursos Especiais de nº 1.602.106/PR e nº 1.596.081/PR, que eram os representativos da controvérsia repetitiva.

A grande *TESE* firmada no julgado, e que modifica os rumos da aplicação, diz respeito as “*empresas adquirentes da carga transportada*

*pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado)”.*

Ainda assim, a meu ver, que ficam muitas perguntas em aberto, a exemplo da “Discussão sobre o nexo de causalidade ou conduta? Importância da tradição (entrega)? Frete CIF ou frete FOB? Seguro Universal? Excludentes? Aplicação da Diretiva 2004?”.

## Referências

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, v. 17, p. 267-280, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. 1998. **BDJur**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8632>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil. LEI nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de JANEIRO de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm) >. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 972.902 - RS (2007/0175882-0) Relatora: Eliana Calmon. Data do Julgamento: 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP\\_972902\\_RS\\_1260178784507.pdf?Signature=uu5hCcCA57rieoqBljiesPQ9HIU%3D&Expires=1531660145&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=gc98610cc76aed6b4775f274301db7a1](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_972902_RS_1260178784507.pdf?Signature=uu5hCcCA57rieoqBljiesPQ9HIU%3D&Expires=1531660145&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=gc98610cc76aed6b4775f274301db7a1)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. Agravo de Instrumento Nº 70015155823, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 10/08/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 28/08/2006.) Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70015155823&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=AI+70015155823&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70015155823&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AI+70015155823&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1.596.081 PR 2016/0108822-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 25/10/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/11/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523412369/recurso-especial-resp-1596081-pr-2016-0108822-1/inteiro-teor-523412373>. Acesso em 20 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL nº 1.374.284 - MG (2012/0108265-7) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de agosto de 2014 (data do julgamento). Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137672283/recurso-especial-n-1374284-mg-do-stj> >. Acesso em 20 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL 1.307.032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 1/8/2013 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23915958/recurso-especial-resp-1307032-pr-2011-0270141-8-stj/inteiro-teor-23915959>>. Acesso em 20 dez. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741/SP (2008/0146043-5) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Brasília, 24 de março de 2009 (data do julgamento). (Grifou-se). Disponível em: <[https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Estado.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf)>. Acesso em 20 dez. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜHRING, Marcia Andrea. A importância de precedente do STJ em relação ao poluidor indireto na Responsabilidade Civil Ambiental. In: **Responsabilidade Civil Ambiental**. org. Marcia Andrea Bühring. Caxias do Sul, RS: Educ, 2018 p. 11-39. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/ebook-responsabilidade-civil.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Délton Winter de. **A responsabilidade civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de; LEITE, José Rubens Morato. Nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. Vol. 47, jul/set. 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 76-95.

CASE: LEYLAND SHIPPING CO. V. NORWICH FIRE INSURANCE SOCIETY (1918).) Disponível em: <<https://lawexplores.com/the-cause-of-loss>>. Acesso em 20 dez. 2017.

CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. Tutela do Ambiente e Direito Civil em AAVV. **Direito do Ambiente**. Lisboa, INA, 1994, pp. 377-396.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - R. TCMG**, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

HEYTING, W.J. Proximate causation in civil actions, **Jurid. Rev.**, v. 44, p. 239-285, 1932.

LEITÃO, Luis Menezes. A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente. . In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (Orgs.). **Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. Disponível em: [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt). Acesso em: 04 jan. 2019, p. 23-24.

MACHADO. Paulo Afonso Lemes. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Lemes, STJ e Nexo Causal na Responsabilidade Civil Ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.14, n.30. p.351-371. Set/Dez de 2017.

NERY JÚNIOR. Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In **Revista Justitia** nº 126. São Paulo, julho/setembro, 1984.

PORTUGAL. Código Civil Português de 1966. Disponível em: [https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo\\_civil\\_atualizado\\_ate\\_a\\_lei\\_59\\_99.pdf](https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99.pdf). Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. Constituição Federal Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. Lei de Bases do Ambiente de Portugal 11/87. Disponível em: [http://www.estg.ipg.pt/legislacao\\_ambiente/ficheiros/LBA%20Lei%20on.%C2%BA%2011-87%20de%207%20de%20Abril.pdf](http://www.estg.ipg.pt/legislacao_ambiente/ficheiros/LBA%20Lei%20on.%C2%BA%2011-87%20de%207%20de%20Abril.pdf). Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2073&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis) . Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. Decreto Lei - DL147/2008, que estabelece o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&so_miolo=) . Acesso em: 10 dez. 2018.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <https://www.significados.com.br/calcanhar-de-aquiles/> Acesso em: 10 jan. 2019.

STEIGLEDER, Anelise Monteiro. **Responsabilidade Civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em 20 dez. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL. Disponível em: <https://www.stj.pt/> Acesso em: 18 de maio de 2018.



## Os crimes de lavagem de dinheiro através da tecnologia bitcoin

*Catharine Black Lipp João*<sup>1</sup>

### Introdução

É possível dizer que a rede de Bitcoins -criada e disponibilizada gratuitamente por um programador anônimo autointitulado de Satoshi Nakamoto- consiste em uma tecnologia que vem revolucionando de maneira globalizada as operações financeiras e a maneira como se realizam alguns negócios, na medida em que “essa criação tem estimulado uma explosão tecnológica similar ao computador pessoal e à internet, e, assim como seus antecessores, as moedas alternativas estão prestes a mudar o mundo” (KELLY, 2015, 14 p.). A importância atribuída às criptomoedas é resultado do grande interesse da sociedade na sua utilização e, conseqüentemente, da sua valorização exponencial quando em comparação com as moedas tradicionais, o que se percebe pelo fato de que, no final de fevereiro de 2019, uma bitcoin equivalia a quase quinze mil reais nas Exchanges brasileiras (INFOMONEY, 2019), que são plataformas virtuais para compra e venda das chamadas criptomoedas.

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestranda em Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Pós-Graduanda em Direito Público (FMP) e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Endereço eletrônico: catharinejoao@gmail.com

O problema surge quando a tecnologia é empregada por criminosos para a prática de condutas proibidas pelo ordenamento jurídico. No contexto brasileiro, observa-se que, em 2018, a operação Pão Nosso, desdobramento da operação Lava Jato, descobriu a lavagem de dinheiro em contratos de fornecimento de lanches e cafés da manhã para presídios no Rio de Janeiro, na qual, destaca-se, foram realizadas, pela primeira vez, operações na moeda bitcoin para remessas de valores ao exterior, movimentando trezentos mil reais em moeda virtual. Conforme o então Superintendente-Adjunto da 7ª Região Fiscal da Receita Federal, na declaração feita em entrevista coletiva, o ineditismo de tal esquema fraudulento, “usando esse instrumento, que não é regulado na maior parte dos países”, chamaria a atenção, na medida em que “as pessoas estão tentando sofisticar de alguma forma, talvez tentando voar abaixo do radar da Receita Federal, do Banco Central e do Coaf”. (O SUL, 2018)

Percebe-se relevante para o campo jurídico abordar a aplicabilidade das normas brasileiras que penalizam a prática da lavagem de dinheiro às condutas que podem ser perpetradas, por meio dessa nova tecnologia, no ambiente virtual. É nesse contexto que o presente trabalho pretende observar a aptidão dessas criptomoedas em se enquadrarem nas condutas da lavagem de dinheiro, sob a legislação penal brasileira.

Alerta-se, desde já, que, com base nos diferentes significados da palavra explicados por Pedro Franco, ao longo do presente trabalho, optou-se por identificar com letra inicial maiúscula (Bitcoin) a rede consensual em que se realizam e registram pagamentos, sob um protocolo criptográfico que especifica a validação e o funcionamento das transações e a construção e análise da base de dados, entre outros, e com letra inicial minúscula (bitcoin) a unidade da moeda virtual nativa da rede (FRANCO, 2015, 18-19 p.).

Assim, no primeiro capítulo, serão verificadas as características dessa tecnologia e a forma pela qual as suas moedas

são transferidas. No segundo, serão examinados aspectos atinentes ao crime da lavagem de dinheiro previsto pela Lei 9.613/98, especialmente em relação aos seus elementos objetivo e subjetivo, às suas três fases de processamento e aos bens jurídicos tutelados. No terceiro capítulo, relacionando o conteúdo apresentado nos capítulos anteriores, será possível analisar *como* essas criptomoedas poderiam caracterizar, e facilitar, a intenção de *ocultar* ou *dissimular* a origem ilícita dos recursos provenientes de infração penal anterior. Por fim, no quarto, será observado como o tema vem sendo compreendido por instituições públicas brasileiras que já se manifestaram, ainda que provisoriamente, sobre o assunto, especialmente para fins de fiscalização e controle das moedas virtuais e da sua diferenciação em relação às moedas eletrônicas. Para tanto, a abordagem será feita a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e os procedimentos documental, com base na Lei 9.613/98, e bibliográfico, a partir de autores das áreas do direito penal, da economia e da tecnologia da informação.

## 1. A tecnologia bitcoin

É necessário, para posteriormente identificar as moedas digitais na tipificação do crime de lavagem de dinheiro, compreender, antes, alguns aspectos específicos que estão contemplados na arquitetura dessa inovação tecnológica, notadamente em relação à dificuldade de rastreo presente na rede Bitcoin, em razão das características de anonimidade e descentralização que a ela são conferidas.

O próprio criador Satoshi Nakamoto define a moeda bitcoin como “correntes de assinaturas digitais” (NAKAMOTO, 02 p.), cujo processamento na rede, em linhas gerais, é verificado na medida em que “cada proprietário transfere a moeda para o próximo, assinando digitalmente e adicionando ao final da moeda o *hash* da transação anterior e a chave-pública do próximo proprietário” (NAKAMOTO, 2 p.). Com a finalidade de que não houvesse fraude pela

transferência dupla de uma mesma bitcoin, foi criada a figura dos “mineradores”, que são usuários independentes que recebem uma quantidade de bitcoins como incentivo para que seus computadores sejam usados para “confirmar a validade [de certa transação] e carimba-la. Então, ela é registrada como parte de um contínuo histórico de transações conhecido como ‘cadeia de blocos’ [*‘block chain’*] a cada dez minutos” (COX, 2013, 38 p.). De acordo Nakamoto, embora faça parte do método registrar todas as transações publicamente na cadeia de blocos, “a privacidade ainda pode ser mantida [...] ao manter as chaves públicas anônimas. O público pode ver que alguém está enviando uma quantia a outrem, mas sem informações que conectem a transação a qualquer pessoa” (NAKAMOTO, 6 p.), sendo, que “como um firewall adicional, um novo par de chaves deve ser usado para cada transação para impedir que sejam associadas a um proprietário comum” (NAKAMOTO, 6 p.). Diante disso, chama a atenção que “usando as funções criptográficas, cada usuário do sistema de bitcoin pode transferir unidades da moeda virtual globalmente de forma anônima”. (BRÜHL, 2017, 370 p.)

Assim, no que diz respeito às transferências, as bitcoins são “enviadas de um endereço ao outro da mesma forma que você poderia enviar dinheiro de sua conta bancária para a do seu amigo. No entanto, o contraste é que nenhum nome seria necessário como parte do endereço” (COX, 2013, 37 p.), razão pela qual se atribui o predicado de anonimidade às transferências de bitcoins. Isso porque, “a menos que os usuários Bitcoin divulguem os seus endereços da carteira publicamente, é extremamente difícil rastrear as transações de volta a eles” (CONTI; KUMAR; LAL; RUJ, 2017, 08 p.). Não obstante, o economista Saifedean Ammous considera ser mais acertado qualificar a Bitcoin como pseudônima, ao invés de anônima, porque “é possível, embora não seja garantido, estabelecer conexões entre identidades da vida real e endereços de bitcoins, assim permitindo o acompanhamento de todas as transações de um endereço, uma vez que a sua identidade seja estabelecida”

(AMMOUS, 2018, 239 p.). Em outras palavras, os endereços “registrados na cadeia de blocos não são explicitamente atrelados a identidade de ninguém. No entanto, se um usuário fizer uma única transação que ligue a sua identidade ao endereço, é fácil ligar a identidade do usuário a todas as transações associadas com o endereço através da cadeia de blocos” (PLESSIS, 2014, 19 p.). Logo, é pseudônima porque “todas as transações de bitcoins são visíveis publicamente na cadeia de blocos; entretanto, ao invés do nome do usuário, o endereço público dele ou dela ocorre como um pseudônimo”. (FABIAN; ERMAKOVA; SANDER, 2016, 02 p.)

Além da possibilidade intrínseca de ocultação da identidade que decorre do uso de endereços pseudônimos para realizar as transações em bitcoins, percebe-se a privacidade também pelo fato de inexistirem terceiros que possam acessar as informações financeiras pessoais, como ocorre no sistema monetário tradicional, por exemplo, nos pagamentos executados pelos bancos, nos quais, enquadrados na categoria de um sistema centralizado de pagamento, “uma entidade designada é autorizada a aprovar ou rejeitar o pagamento em nome de um indivíduo particular” (KARAME; ANDROULAKI, 2016, 27 p.).

Por outro lado, o sistema descentralizado de pagamento é aquele em que “um número limitado de entidades especialmente designadas participam no processamento das transações. Além, um sistema é aberto se qualquer entidade pode participar no procedimento de confirmar ou rejeitar uma transação. Bitcoin é um exemplo proeminente dessa categoria” (KARAME; ANDROULAKI, 2016, 27 p.). Ao contrário da centralização, que confia o processamento dos pagamentos a uma única entidade, a descentralização significa que “nenhuma entidade central ou organização compensa as transações, o que é a razão das moedas descentralizadas serem difíceis de regular” (PIETERS, 2017, 21 p.). Trata-se, portanto, de uma tecnologia descentralizada, que elimina a necessidade de uma relação de confiança com um intermediário, pois “a transação é instantânea e não precisa se deslocar através de



uma terceira parte, como um banco. É por isso que é conhecida como moeda ‘par-a-par’” (COX, 2013, 38 p.). Em uma rede par-a-par (P2P), observa-se que “todos os computadores clientes na rede, conhecidos como nós [*nodes*], são considerados iguais na sua capacidade de compartilhar recursos com outros membros da rede. Ao contrário do tradicional sistema cliente-servidor, um sistema P2P não requer nenhuma coordenação central de nós.” (KWOK; CHAN; CHEUNG, 2005, 38 p.).

Sobre esse sistema descentralizado que opera em uma rede P2P de computadores, aponta Kulkarni, empreendedor e engenheiro de softwares, que, uma vez que “nenhuma entidade sozinha tem controle sobre todo o processamento”, isso significa que “o ponto central sobre a descentralização é que não existe nenhum ponto central de controle” (KULKARNI, 2018, 41 p.). Nesse contexto, essa criptomoeda é vista como “uma ferramenta que verifica, libera e transmite transações financeiras com segurança. Em suma, redefine o papel de um intermediário na indústria de serviços financeiros” (KELLY, 2015, 14 p.).

Enfim, nota-se que a especulação é um dos principais motivos para adquirir bitcoins, sendo recomendada como uma reserva de riqueza para o futuro, o que, inclusive, como acredita Sam Volkering, autoridade em investimentos e tecnologia, nunca mais seria convertida de volta a moeda fiduciária, pois, a longo prazo, o poder de compra aumentaria conforme a cadeia de blocos das bitcoins. O autor exemplifica: “se um bitcoin pode comprar uma TV OLED de alta qualidade de uma loja de eletrônicos, no prazo de 5-10 anos, aquele um bitcoin pode ser capaz de comprar uma nova Mercedes ou Audi... ou até mesmo um barco de luxo... ou até uma casa” (VOLKERING, 2017, 125 p.).

## **2. Os crimes de lavagem de dinheiro**

Os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores foram regulados pela Lei n. 9.613 em 1988, que veio a ser

atualizada significativamente em 2012 pela Lei n. 12.683. O legislador, ao definir o tipo penal, dispôs no artigo 1º que o crime se configura ao ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, incorrendo nas mesmas penas, nos termos do §1º, quem os converte em ativos lícitos, quem os recebe, guarda, movimenta, etc. e quem os importa ou exporta com valores que não correspondem aos verdadeiros, ou ainda, nos termos do §2º, quem utiliza na atividade econômica ou financeira e quem participa de grupo, associação ou escritório sabendo que a sua atividade principal ou secundária é dirigida para os crimes dessa lei.

Nesse contexto, pode-se definir o crime do artigo 1º como a “atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado” (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, 1.088 p.). Percebe-se envolvido, ao examinar o tipo penal, “o ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal” (LIMA, 2014, 282 p.). No mesmo sentido, o renomado dicionário jurídico norte-americano *Black's Law* define a lavagem de dinheiro como “o ato de transferir dinheiro obtido ilegalmente através de pessoas ou contas legítimas para que a fonte original não possa ser rastreada” (GARNER, 2009). A partir dos conceitos apresentados, não há dúvidas de que o crime comumente chamado de “lavagem de dinheiro”, “lavagem de capitais” ou “reciclagem de ativos”, traz a ideia de “lavagem” e “reciclagem” no sentido de “limpeza” da ilicitude do dinheiro, bem ou valor que fora obtido, para o fim de, afastando-o da sua origem, reinseri-lo no mercado, tornando-o lícito.

Para compreender o tipo, é preciso observar que a lavagem de dinheiro é “resultado, um delito derivado de outros praticados anteriormente. [...] Há uma relação indissociável entre um ilícito penal cometido anteriormente e seus resultados” (YURTSEVER, 2018, 166 p.). Sobre isso, nota-se que a Lei 12.683/12, atualizando a Lei n.

9.613/88, revogou os oito incisos do artigo 1º que previam hipóteses de crimes antecedentes ao da lavagem de dinheiro. Ainda, alterando a redação do caput, estabeleceu que os bens, direitos ou valores cuja natureza é ocultada ou dissimulada no crime da lavagem são decorrentes de “infração penal”, cuja expressão compreende tanto o crime, quanto a contravenção penal. A partir disso, verifica-se que “não há mais uma lista fechada (*numerus clausus*) de delitos precedentes. Qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro” (ARAS, 2012, 5 p.) – o que inseriu a legislação brasileira na dita “terceira geração de leis antilavagem” em conformidade com a “tendência mundial [d]a eliminação do rol dos delitos antecedentes” (CALLEGARI; WEBER, 2014, 51 p.).

Ainda, no âmbito do tipo penal subjetivo, nota-se que na lavagem de dinheiro não cabe a modalidade culposa (CALLEGARI; WEBER, 2014, 89 p.). Assim, o elemento subjetivo é contemplado, sem dúvidas, pelo dolo direto na lavagem de dinheiro. A modalidade eventual, embora seja recusada por parte da doutrina (BADARÓ; BOTTINI, 2012, 95 p.) (CALLEGARI; WEBER, 2014, 96 p.), vem sendo defendida pela outra, com base no transplante da prática jurisprudencial norte-americana firmada na “teoria da cegueira deliberada” (MORO, 2010, 54 p.), para o fim de condenar aquele que deliberadamente fecha os olhos, isto é, aquele a quem “era possível, sem maiores trabalhos investigativos, apurar a origem ilícita dos bens, mas preferiu não o fazer em razão da forte desconfiança de sua origem ilícita” (DRESCH; SILVA, 2017, 200 p.). Daí porque é importante analisar que o crime pelo viés de que o agente “lavador” quis o resultado ou -conforme inclui parte da doutrina- assumiu o risco de produzi-lo.

Com relação ao bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro, a doutrina diverge conforme o foco seja atribuído ao resultado, considerando o crime como protetor da ordem econômica, ou à dissimulação, considerando-o como protetor da administração da justiça. Para Callegari e Weber, o “bem jurídico

protegido no delito de lavagem de dinheiro é a ordem socioeconômica nacional” (CALLEGARI; WEBER, 2014, 60 p.), sendo o resultado de reintegração do dinheiro ao mercado percebido como o momento de “maior impacto à ordem socioeconômica [...]. Volta-se ao ilícito mediante a prática de condutas que abusam do poder econômico e eliminam a concorrência” (PITOMBO, 2003, 86 p.), em razão da acumulação de capitais ilícitos, que custam bem menos do que os lícitos. Não obstante, a perspectiva do crime como proteção da administração da justiça também se mostra aceitável, pois o processo de mascaramento da lavagem “coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas” (BADARÓ; BOTTINI, 2012, 53 p.). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, considerando tratar-se de crime que se enquadra na categoria dos pluriofensivos – “aqueles que visam a tutelar mais de um bem jurídico” (KREBS, 2006, 110 p.)–, compreende que a prática pode lesar não apenas a ordem econômica, (BRASIL, 2018a) mas acabar, porque “o acusado agiu dolosamente com o fim de ocultar e dissimular o produto da corrupção, prejudicando, em última análise, a administração da Justiça” (BRASIL, 2018b).

No que diz respeito ao *iter criminis*, importa observar que existem três fases independentes que foram identificadas pela *Financial Action Task Force* [FATF], quais sejam as de colocação [*placement*], mascaramento [*layering*], e integração [*integration*] (FATF). As três fases são apontadas por Sérgio Moro: “na primeira etapa, o produto do crime é desvinculado de sua origem material; na segunda, o numerário é movimentado por meio de diversas transações de modo a impedir ou dificultar o rastreamento, e pela terceira é reintegrado em negócios ou propriedades, com a simulação de investimentos lícitos” (MORO, 2010, 32 p.).

A fim de elucidar o objetivo pretendido pelo agente “lavador” em cada uma das etapas, explica-se que, na fase de colocação, “os criminosos procuram livrar-se materialmente das importantes

somas de dinheiro que geraram suas atividades ilícitas. O efetivo arrecadado é normalmente transferido a uma zona ou localidade distinta daquela de onde se originou” (CALLEGARI, 2003, 47 p.). No próximo estágio compreendido pela fase de mascaramento, também chamada de estratificação ou dissimulação, “a única finalidade dessa movimentação é fracionar o total original, criar o máximo de burocracia possível para confundir e frustrar toda vigilância ativa e quaisquer investigações futuras, e, ao fim do dia, criar uma falsa proveniência relativa à origem dos recursos” (LILLEY, 2001, 65 p.). Ao final, na fase de integração, busca-se injetar os valores, que já têm certa aparência legítima, “na economia formal e no patrimônio legítimo dos agentes através de qualquer atividade econômica lícita [sendo que] esta etapa é desnecessária quando o destino do dinheiro é o reinvestimento na atividade delitiva principal do interessado na lavagem de dinheiro” (SCHORSCHER, 2012, 24 p.).

Nesse contexto trifásico da operação da lavagem de dinheiro, uma vez que, como visto, existem variados núcleos de condutas no tipo que punem o crime (ocultar, dissimular, converter, adquirir, utilizar, etc.), ressalta-se que “qualquer ato que possa ser integrado no processo de lavagem basta para a verificação da ocorrência do tipo penal”. (SCHORSCHER, 2012, 113 p.), razão pela qual, por exemplo, não é necessário que o dinheiro seja reintegrado na economia formal para ser consumado delito. Isso porque a “legislação brasileira não exige a completude do ciclo exposto para a tipicidade da lavagem de dinheiro. [...] Basta a consumação da primeira etapa – a ocultação- para a materialidade delitiva, incidindo sobre ela a mesma pena aplicável à dissimulação ou integração” (BADARÓ; BOTTINI, 2012, 26 p.).

### **3. A correlação entre a atividade criminosa e as moedas virtuais**

No capítulo anterior foram apresentadas as três fases independentes que podem ocorrer em uma operação de lavagem de

dinheiro, o que possibilita, nesse momento, examinar *como* a tecnologia das moedas virtuais se insere em cada uma delas.

Viu-se que a primeira etapa é a de colocação, em que o agente “lavador” introduz os recursos ilícitos no mercado. Essa etapa pode ser observada pela sua inserção no âmbito a digital, na medida em que o agente pode comprar, com o dinheiro obtido na infração anterior, o valor equivalente em bitcoins. Dada a popularidade da tecnologia, existem inúmeras *Bitcoin Exchanges*, serviços que realizam a conversão dessas criptomoedas em diversas moedas tradicionais, tendo por base, para a cotação, a oferta e a procura virtual. Importa destacar que podem ser encontradas *Exchanges* que, para serem atraentes no comércio, exigem apenas um endereço de e-mail ou informações mínimas, que sequer precisam ser reais, para realizar a venda das bitcoins, como é o caso, por exemplo, da *BitQuick*. Também é possível realizar a compra com dinheiro físico, procurando pelo vendedor mais próximo em sites como “*TradeBitcoin.com*” e “*LocalBitcoins.com*” ou indo até os quiosques *Bitcoin ATM* onde existem caixas automáticos de venda, o que assegura mais facilmente a privacidade já que não existe documentação da transação.

Para analisar a etapa de mascaramento, ou dissimulação, que envolve a criação de disfarces para encobrir a origem e a propriedade dos valores e, assim, dificultar o rastreamento, lembre-se que, no âmbito virtual, a identificação do usuário pode permanecer oculta, mas as suas transações ocorrem de maneira transparente, vinculando-se sempre ao endereço que as opera - o que contribui para manter um histórico das operações daquele endereço, mesmo que ainda não se saiba a identidade real de quem o utiliza. É nesse contexto que se percebe a dissimulação feita pelos usuários da rede Bitcoin que não querem correr o risco de que todas as suas transações sejam facilmente reveladas, caso a sua identidade venha a ser descoberta, pois é possível a utilização de meios que protegem, ainda mais, a sua privacidade, tal como “ofuscar transações usando endereços intermediários temporários”

(ALONSO, 2017, 01 p.), ou seja, usando um endereço diferente para cada transação. Destaca-se também que, “para a bitcoin, já existem serviços que permitem realizar transações através de um terceiro. Esses são chamados de misturadores [*mixers*] já que tentam ocultar uma transação em uma grande quantidade de transações não relacionadas” (MAURER, 2016, 2145 p.), como a *Mixcoin*, *Blindcoin*, *CoinShuffle*, *CoinParty*, entre tantos outros misturadores disponíveis. Como o objetivo é justamente dificultar que a transação seja ligada à conta do usuário, é clara a identificação entre “serviços de mistura para as transações da Bitcoin – serviços de lavagem de dinheiro” (TSCHORSCH; SCHEUERMANN, 2016, 2.106 p.). É possível identificar, ainda, como dissimulação ou mascaramento a utilização de TOR ou I2P, “redes anônimas que escondem o endereço de IP real para os usuários e criptografam os dados transferidos, impedindo que os dados originais sejam expostos” (SHENTU; YU, 2015, 10 p.), porquanto o agente, através delas, busca justamente dificultar a determinação de onde as bitcoins transmitidas se originaram.

A última fase, a de integração, que busca conferir aparência legítima ao recurso ilícito, através da sua recolocação na economia por meio de negócios aparentemente normais, pode ser facilitada na medida em que a internet é um campo aberto de infinitas opções de prestadores de serviços e fornecedores de mercadorias que aceitam que o pagamento seja efetuado em bitcoins, em muitas situações sem sequer requerer informações que identifiquem o adquirente. Ilustra-se que é possível pagar online através de bitcoins pela compra de relógios e joias de luxo, peças de arte moderna e contemporânea, artigos colecionáveis e antiguidades, e, até mesmo, automóveis e imóveis de luxo. Tudo aquilo que seja adquirido em bitcoins pode ser revendido no mercado, em uma operação legítima, gerando recursos lícitos para o titular.

Ademais, ressalta-se ser possível que o sujeito “lavador” sequer reinsira o dinheiro na economia formal, isto é, sequer realize a fase de integração, para que o crime seja consumado, já que, como examinado

no tópico anterior, as fases são independentes e não são obrigatórias. Daí porque, por exemplo, o agente pode optar simplesmente por *ocultar* os recursos em bitcoins, para, então, reinvesti-los na própria atividade delitiva principal, que, até mesmo, pode ser realizada no próprio ambiente virtual, pelo mercado da *deep web*.

Como foi examinado, a Bitcoin foi criada para ser descentralizada, sem a necessidade de um terceiro com potencial de acesso à transação, inexistindo qualquer intermediação bancária ou governamental. Soma-se a isso o fato de que o endereço do usuário é considerado pseudoanônimo, e a identificação real do sujeito que o opera é difícil de ser rastreada. Assim, as suas características se mostram propícias para que agente que tenha praticado uma infração penal com resultados financeiros se valha dessas criptomoedas para reinserir os valores obtidos no mercado com a aparência de legalidade, inclusive injetando-os licitamente no próprio mercado digital, posto que ausente regulação sobre o uso dessa nova tecnologia.

Especificamente em relação à anonimidade, destaca-se que “a considerável quantidade de anonimato proporcionada pelo sistema Bitcoin ajuda os cyber criminosos em potencial a executar várias atividades ilícitas como ransomware [espécie de sequestro do sistema de um computador], evasão fiscal, mercado clandestino e lavagem de dinheiro” (CONTI; KUMAR; LAL; RUJ, 2017, 09 p.). No mesmo sentido, segundo Plessis, advogado em comércio internacional e consultor em automação inteligente, “como os endereços não estão diretamente ligados a identidades individuais, o sistema tem o potencial de ser usado para lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outros crimes financeiros” (PLESSIS, 2014, 33 p.). Portanto, entende-se que “o anonimato da Bitcoin é atraente para a atividade criminosa” (YELOWITZ; WILSON, 2015, 1.031 p.).

A utilização da Bitcoin é, portanto, vista como uma forma de facilitação das atividades criminosas tipificadas na Lei n. 9.613/88, porquanto a lavagem de dinheiro através de bitcoins “movimenta os fundos ilícito mais rápido, mais barato, e mais discretamente do que nunca” (BRYANS, 2014, 447 p.). O barateamento ainda maior da



lavagem tem seus reflexos negativos respectivamente acrescidos na ordem econômica, no âmbito do comprometimento da concorrência, como no caso do sujeito que opera o seu negócio com capital lícito não poder competir com o preço do agente que fez uso de recursos de origem ilícita lavados através da Bitcoin, sem quaisquer taxas bancárias, por exemplo. Além disso, considera-se que, ao serem utilizadas operações em bitcoins para esconder o produto de infração penal anterior, é prejudicada a administração da justiça, bem jurídico igualmente tutelado pelo tipo penal da lavagem de dinheiro. Isso porque a dificuldade de rastreio e a ausência de fiscalização por um intermediário ou entidade legitimada podem, de maneira geral, ser vistas como inconvenientes para o alcance das operações e valores por parte da polícia, do ministério público e da magistratura.

#### **4. O controle da tecnologia bitcoin pelo direito**

Até o momento foi possível compreender que a Bitcoin não apenas possibilita que as suas moedas virtuais sejam veículo de operações de lavagem de dinheiro, mas, inclusive, dificulta que este delito seja descoberto por autoridades públicas em razão das suas próprias características e do emprego de outras ferramentas disponíveis. Nesse sentido, o uso das criptomoedas vem chamando a atenção dos órgãos públicos, dado que, até o momento, inexistem normas que as regulamentem de forma geral. Não obstante, o presente tópico busca apresentar as considerações que vem sendo promovidas sobre o tema.

Chegou a ser proposto em 2015 um projeto na Câmara dos Deputados, o PL 2.303 (BRASIL, 2015), tratando sobre a inclusão das moedas virtuais na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central, o que alteraria a Lei 9.613/88. No entanto, em 31 de janeiro de 2019 o referido projeto foi arquivado pela Mesa Diretora, eis que finda a legislatura nos termos do regimento interno da Câmara.

Em 2017, o Banco Central (“BACEN”), por sua vez, emitiu o Comunicado n. 31.379 (BRASIL, 2017a), para o fim de alertar sobre os riscos, mencionados como “imponderáveis” no âmbito especulativo, decorrentes de operações de guarda e negociação de moedas virtuais, considerando que tais moedas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, razão pela qual não são lastreadas em ativo real, ficando o risco com os detentores. Embora não mencione especificamente o delito da lavagem de dinheiro, é destacado que, caso as moedas sejam utilizadas em atividades ilícitas, os seus detentores podem se expor a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar as responsabilidades penais e administrativas. É relevante, ainda, observar que o BACEN não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais, as quais, como foi ressaltado no Comunicado, não se confundiriam com a definição de moeda eletrônica, prevista em lei e regulada por atos normativos do BACEN. Importa, assim, o fato de que as bitcoins não são consideradas moedas eletrônicas à luz da legislação brasileira.

A Comissão de Valores Mobiliários também publicou nota (BRASIL, 2017b) especificamente a respeito das Ofertas Iniciais de Moedas [*Initial Coin Offerings*] (“ICOs”), compreendidas como operações de captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, junto ao público investidor. Ainda que a nota seja para tratar das ICOs, é possível identificar que entre os ativos virtuais emitidos como contrapartida da captação, nota-se a possibilidade do uso de bitcoins. Na nota, foram alertados pela CVM os riscos inerentes aos investimentos em operações de ICOs, entre os quais o de operações de lavagem de dinheiro.

No mesmo ano, o tema foi apontado como objeto de uma das Ações que são elaboradas, através de grupos de trabalho, e pactuadas pelos membros da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (“ENCCLA”), que é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos três poderes e com as esferas do

Ministério Público, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. O objetivo do grupo de trabalho responsável pela Ação 8 era conhecer o tema das moedas virtuais e identificar eventuais tipologias que servissem para a prática de ilícitos como a lavagem de dinheiro.

Mesmo que a Ação e os seus resultados ainda estejam em construção, as versões provisórias obtidas até o momento podem ser acessados no endereço eletrônico da ENCCLA por meio de dois documentos, referidos como “glossário” versão 2.0 e “tipologias” versão 3.0. No glossário (BRASIL, 2017c), são apresentados, de modo esquematizado, os principais termos sobre o assunto, contando com um quadro comparativo para estabelecer a distinção entre as moedas eletrônicas e as virtuais. Nas tipologias (BRASIL, 2017d), são abordados quatro casos conhecidos de crimes no exterior cometidos utilizando as moedas virtuais, são descritas algumas transações/operações que poderiam se transformar em tipologias da lavagem de dinheiro no mundo virtual e, ainda, são mencionadas algumas ações que precisam ser colocadas em práticas, como, entre outras, a de aumentar as alianças internas e externas para melhorar a coordenação das ações de prevenção/combate a esses crimes e a de promover evolução na legislação.

Destaca-se que são previstas como tipologias das moedas virtuais relacionadas às da Lei 9.613/98: “Lavagem de dinheiro com uso de moedas virtuais (Pessoa Jurídica)”, “Lavagem de dinheiro com uso de moedas virtuais (Pessoa Física)”, e “Lavagem de Dinheiro via Operações Imobiliárias Subfaturadas e Moedas Virtuais”. Cogita-se ser possível que a primeira hipótese prevista venha a levantar novas discussões sobre a questão de eventualmente responsabilizar na seara penal a pessoa jurídica (com sitio na internet para comercialização de moedas virtuais) envolvida na lavagem.

De qualquer forma, o fato é que a lavagem de dinheiro através de operações com moedas virtuais já é objeto de preocupação das autoridades públicas. Embora as tipologias de moedas virtuais contidas anexas a esse documento sejam meros resultados

provisórios das discussões até o momento realizadas, considera-se interessante examinar a sua evolução, na medida em que não apenas podem ser vistas como as atuais considerações sobre o assunto de várias instituições públicas integrantes do grupo de trabalho, mas também podem acabar servindo de base para futuras atividades legislativas.

Por fim, com relação às ações de prevenção e combate do crime que vem sendo debatidas, mostra-se correta a atual compreensão prevista pelo grupo de que é necessário aumentar as alianças internas e externas. Isso porque as ações a serem promovidas devem estar inseridas preferencialmente em um contexto de cooperação entre os Estados, porquanto se questiona, transplantando para o cenário nacional: “de que adianta, por exemplo, regular as plataformas de negociação americanas ou que operam nos EUA, [...] se é possível para um residente no citado país, comprar bitcoins, via internet, em uma plataforma de negociação localizada em um país que não está sujeito a qualquer regulação?” (BOTTINO; TELLES, 2018, 153 p.)

## **Considerações finais**

Não há dúvidas de que a moeda bitcoin é um atrativo para criminosos ocultarem os recursos ilícitos provenientes de infração penal diante das próprias características da rede e dos meios que podem nela ser empregadas para aumentar a dificuldade do rastreo das transações a serem realizadas. Isso porque é inegável a discrição nas negociações envolvendo as bitcoins, em razão das chaves anônimas do endereço e da descentralização do sistema, bem como da possibilidade de serem utilizados um endereço temporário para cada transação, os serviços misturadores ou, ainda, as redes anônimas Tor ou I2P.

Foi possível perceber que as bitcoins se mostram como instrumento útil em todas as etapas, seja de forma sucessiva, simultânea ou autônoma, da lavagem do dinheiro produzido por

uma infração penal. Daí porque o delito é apto a ser consumado pelas mais variadas operações envolvendo essa tecnologia, desde as mais simples até as mais complexas, e por meio da lavagem dos mais variados valores, desde os mais baixos aos mais elevados. Considera-se, inclusive, que, por não existir uma entidade centralizada no sistema Bitcoin, nem existirem fronteiras no espaço virtual, o uso dessas criptomoedas na lavagem de dinheiro pode ser capaz de aumentar o alcance dos reflexos negativos sentidos pelos bens jurídicos tutelados pelo tipo, a saber a ordem econômica, ou especificamente a concorrência, e a administração da justiça.

Em sendo comprovada a consolidação das moedas bitcoins enquanto meio de circulação de ativos, o que resta é saber se os criminosos também pretendem se aproveitar da dificuldade de rastreio proporcionada por esta rede para conduzir as operações de colocação, dissimulação e integração dos seus recursos originados por infrações anteriores. Embora se esteja cogitando uma incerteza futura, há razões para acreditar que isso aconteceria, principalmente considerando já ter sido experimentada no Brasil, conforme descoberto pela Operação Pão Nosso em 2018. Assim, caso concretizada a hipótese, isso exigirá a compreensão sobre o funcionamento desta tecnologia por todos aqueles envolvidos na atividade persecutória do Estado, a regulação sobre a fiscalização e o monitoramento das atividades suspeitas por autoridades públicas e, até mesmo, a regulamentação de novos tipos penais.

## Referências

- ALONSO, Kurt Magnus. 2017. **Moreno. privacy in the blockchain**. Dissertação (Mestrado em segurança das tecnologias da informação e da comunicação). Univesitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2017.
- AMMOUS, Saifedean. **The bitcoin standard: the decentralized alternative to central banking**. Hoboken: Wiley, 2018.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 237, ago. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro, aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, bitcoin e regulação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 148, p. 131-176, out. 2018

BRASIL, Banco Central do. **Comunicado n. 31.379**. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Brasília (DF), de 16 de novembro de 2017a. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fnormativos%2Fbusca%2Fnormativo.asp%3Fnumero%3D31379%26tipo%3DComunicado>>. Acesso: 19 fev. 2019

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.303**. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do Banco Central. Brasília (DF), 08 de julho de 2015. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso: 19 fev. 2019

BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. **Initial coin offering (ico). nota da cvm a respeito do tema**. Brasília (DF), 11 de outubro de 2017b Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso: 19 fev. 2019

BRASIL, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro. **Ação 8 – moeda virtual glossário**. Brasília (DF), 07 de novembro de 2017c. Disponível em <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-glossario/view>>. Acesso: 19 fev. 2019

BRASIL, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro. **Moedas virtuais e meios eletrônicos de pagamento – tipologias**. Brasília (DF), 30 de novembro de 2017d. Disponível em <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2017/moedas-virtuais-tipologias/view>>. Acesso: 19 fev. 2019

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.167.424**. Agravante: Carlos Cezar Branco Bandeira. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília (DF), 12 de novembro de 2018b.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.134.292**. Recorrente: Luís Fernando da Costa. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas Brasília, (DF), 22 de outubro de 2018a.

BRYANS, Danton. Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 89, n. 1, p. 441-472, jan./mar. 2014

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CONTI, Mauro; KUMAR, Sandeep; LAL, Chhagan; RUJ, Sushmita. A survey on security and privacy issues of bitcoin. **arXiv** (Cornell University), Ithaca, arXiv: 1706.00916, dez. 2017

O SUL. **Esquema de fraude no sistema penitenciário do rio de janeiro usou bitcoin, disse a receita federal**. Porto Alegre, 13 de março de 2018. Disponível em <<http://www.osul.com.br/esquema-de-fraude-no-sistema-penitenciario-do-rio-de-janeiro-usou-bitcoin-disse-receita-federal/>>. Acesso: 15 fev. 2019

FABIAN, Benjamin; ERMAKOVA, Tatiana; SANDER, Ulrike. Anonymity in bitcoin - the user's perspective. Thirty Seventh International **Conference on Information Systems**, Dublin, p. 01-12, 2016

FATF - Financial Action Task Force. **How is money laundered?** Disponível em <[www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/](http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/)>. Acesso: 17 fev. 2019

FRANCO, Pedro. **Understanding bitcoin. cryptography, engineering and economics**. West Sussex: Wiley, 2015

- GARNER, Bryan (editor). **Black's law dictionary**. 9. ed. St. Paul: WEST Publishing, 2009
- INFOMONEY. **Cryptomoney**. Desenvolvida por Infostocks Informações e Sistemas Ltda ("Infostocks"). Disponível em <<https://www.infomoney.com.br/criptos/bitcoin>>. Acesso: 23 fev. 2019
- KARAME, Ghassan; ANDROULAKI, Elli. **Bitcoin and blockchain security**. Norwood: Artech House, 2016
- KREBS, Pedro. **Teoria jurídica do delito. noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva**. 2. ed. Barueri: Manole, 2006
- KULKARNI, Kirankalyan. **Learn bitcoin and blockchain: understanding blockchain and bitcoin architecture to build decentralized applications**. Birmingham: Packt Publishing, 2018
- KWOK, S.H.; CHAN, K.Y.; CHEUNG, Y.M. A server-mediated peer-to-peer system. **ACM SIGecom Exchanges**, New York, v. 5, n. 3, p. 38-47, abr. 2005
- LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. São Paulo: Futura, 2001
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014
- MAURER, Felix Konstantin. A survey on approaches to anonymity in bitcoin and other cryptocurrencies. **Lecture Notes in Informatics, Gesellschaft fur Informatik**, Bonn, p. 2145-2150, 2016
- MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010
- PIETERS, G.C. The potential impact of decentralized virtual currency on monetary policy. **Federal Reserve Bank of Dallas, Globalization and Monetary Policy Institute, 2016 annual report**, Dallas, p. 20-26, abr. 2017
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003



PLESSIS, Paul du. 2014. **The nature of decentralized virtual currencies: benefits, risks and regulations**. Dissertação (Mestrado em Direito e Economia Internacional). World Trade Institute, Bern, 2014

SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012

SHENTU, QingChun; YU, JianPing. Research on anonymization and de-anonymization in the bitcoin system. **arXiv** (Cornell University), Ithaca, arXiv:1510.07782, p. 01-14, out. 2015

TSCHORSCH, Florian; SCHEUERMANN, Björn. Bitcoin and Beyond: A technical survey on decentralized digital currencies. **IEEE Communications Surveys & Tutorials**, New Jersey, v. 18, n. 3, p. 2084 - 2123, jul./set. 2016

VOLKERING, Sam. **Crypto revolution. bitcoin, cruptocurrency and the future of money**. London: Southbank Investment Research Ltd., 2017

YELOWITZ, Aaron; WILSON, Matthew. Characteristics of bitcoin users: an analysis of google search data. **Applied Economics Letters**, Abingdon, v. 22, n. 13, p. 1030-1036, 2015

YURTSEVER, Leyla Viga. Lavagem de dinheiro: reflexos jurídicos e os custos sociais. In. BRASIL, Ministério Público Federal. **Crimes Fiscais, Delitos Econômicos e Financeiros. Coletânea de artigos**, v. 5. Brasília: MPF, 2018.

## **V - Direitos fundamentais no direito internacional**



## Proteção de grupos em situação de vulnerabilidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: os posicionamentos da corte de San José à questão <sup>1</sup>

*Maria Valentina de Moraes <sup>2</sup>*

*Victória Scherer de Oliveira <sup>3</sup>*

### Introdução

O controle de convencionalidade é um grande avanço na defesa de direitos positivados e pode-se dizer um controle necessário

---

<sup>1</sup> Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCi nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PIBIC de Iniciação Científica pelo CNPq. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", coordenado pela professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Email: <scherer.vivi@hotmail.com>. Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8672944D6>

e complementar ao controle de constitucionalidade. A partir dele, a garantia de normas de matéria de Direitos Humanos recebe maior cuidado e proteção, já que torna efetiva a garantia de direitos violados pelo Estado e trabalha com a ideia de conformidade entre o direito interno e externo.

A teoria multinível de proteção aos direitos fundamentais atua como solução caso não ocorra esta conformidade, uma vez que ela propõe a comunicação entre a esfera interna e externa para resolver conflitos de normas aplicando a interpretação e o direito mais próximo e favorável a essas garantias. A preocupação com grupos em situação de vulnerabilidade cresce em ambas as esferas e torna-se fundamental que haja uma comunicação concreta entre elas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um dos três tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, atua na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, a qual será analisada, neste artigo, através de suas decisões referentes a estes grupos. Deve-se notar que a Corte Interamericana não atuará como uma quarta instância, mas como outra ferramenta de proteção aos Direitos Humanos, juntamente com a jurisdição interna do país.

Sua atuação na garantia de direitos de grupos em situação de vulnerabilidade é feita na forma de imposição de medidas preventivas, sejam elas genéricas ou específicas e medidas provisórias, de natureza de lei, políticas públicas, serviços públicos ou de formação, destinadas aos poderes legislativos, executivos, judiciário ou outros órgãos ou entidades particulares que assegurem uma discriminação positiva, com a finalidade de promover maiores cuidados e avanços na proteção.

Com base nisso, será recorrido a respeito de decisões referente a casos de determinados grupos em situação de vulnerabilidade: questão de gênero, raça, orientação sexual e migrantes. O objetivo será analisar como a Corte de San José vem julgando estes casos, quais direitos serão assegurados, de que formas serão impostas suas medidas e como a Corte identifica a vulnerabilidade desses grupos.

Pretende-se assim, fomentar a discussão acerca da importância da ampla proteção de direitos humanos, da essencialidade de comunicação entre as cortes e como se dá o funcionamento desta comunicação.

## **2. Grupos vulneráveis, minorias e situação de vulnerabilidade: uma questão de conceito**

A proteção de direitos humanos e direitos fundamentais vem pautando debates jurídicos desde o reconhecimento desses. Não se pretende adentrar profundamente na diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, entretanto, destaca-se que os primeiros se identificam com a ordem nacional, estando positivados, enquanto os segundos seriam diferenciados desses por estarem assegurados na ordem internacional (SARLET, 2003). Os direitos fundamentais seriam aqueles "derechos de la persona que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental" (ALCALÁ, 2000, p. 39), sendo a positividade apenas uma de suas características, possuindo estes tanto um caráter real como ideal (ALEXY; SILVA, 2015, p. 167). Na distinção apresentada por Müller (2007, p. 47), os direitos fundamentais englobariam "os *human rights*, cujos titulares são todos os seres humanos (como a dignidade humana, a liberdade de religião e a liberdade de expressão), e os *civil rights*. Esses últimos valem para os cidadãos de cada país".

Com os contextos de desigualdade que permearam - e ainda permeiam - as relações em sociedade após o reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos, especial atenção merece ser destinada aos grupos que se encontram marginalizados ou que ainda lutam pelo reconhecimento de muitos de seus direitos. A atuação das Cortes constitucionais e internacionais desempenha uma importante tarefa no que toca à proteção e efetivação de direitos de grupos minoritários, como destaca Friedman (1993, p. 656):

if the governmental action affected a number of individuals, a number of separate adjudications may ensue. There may be conflicting decisions. Several jurisdictions and many judges will be involved. If the issues of general importance the Supreme Court may hear the case. At this point in the process, an issue, not just a case, is clearly being debated. The Court will hear argument about the issue, which will have been entailed throughout the litigation by the process of winnowing and synthesizing. Groups that might be affected will file their own brief and will offer help to the parties. Debate is sharpened.

Frente às diferentes demandas envolvendo referidos grupos, cabe analisar como são tratadas e identificadas questões conceituais que se apresentam nos casos analisados, bem como na doutrina, dada a inexistência de uma delimitação clássica quanto às minorias e grupos vulneráveis. Parte-se, portanto, da noção de grupos vulneráveis enquanto gênero do qual subdividem-se diferentes minorias, como, por exemplo, étnicas, sexuais, religiosas (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 110), existindo diferenciações terminológicas também em nível nacional e internacional. Dita proteção relaciona-se, também, o direito à igualdade material, sendo vedada qualquer "discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en la misma [CADH], sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación" (CORTE IDH, 2015, p. 66).

A igualdade surge como um conceito amplo, que busca elevar a condição humana, seja para quem pertença ou não a um grupo vulnerável, de forma a garantir que não se massifiquem todos em uma condição baixa de proteção (SIQUEIRA, CASTRO, 2017, p. 118). Torna-se um fim a ser buscado pelo Estado na efetivação de direitos, configurando-se a mesma não apenas como uma igualdade em relação a bens jurídicos, mas também quanto à garantia de previsões normativas que efetivem o acesso a direitos (BRASIL, STF, 2016, p. 14), o que se relaciona, fundamentalmente, com a criação de políticas públicas.

Como destaca a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015, p. 66), "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona", adotando a Corte a definição de grupos em situação de vulnerabilidade, prontamente identificada com características que, em certos casos, os coloquem referida situação. Em nível interno, pouca é a construção jurisprudencial no que se refere aos conceitos de minorias e grupos vulneráveis, demonstrando às decisões um caráter mais individual do que coletivo - apenas em casos de maior repercussão é possível perceber uma conotação mais coletiva que sustenta às decisões<sup>4</sup>.

É possível extrair de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal conceitos relacionados com estes grupos como "segmentos sociais historicamente desfavorecidos" (BRASIL, STF, 2011, p. 8) ou mesmo "proteção às minorias e aos grupos vulneráveis" (BRASIL, STF, 2011, p. 27) sem distinções conceituais quanto a quem seriam os integrantes desses grupos ou que características identificariam sua condição de vulnerabilidade. Ainda, pode-se destacar que o mais alto tribunal brasileiro relaciona a vulnerabilidade com uma condição de vulnerabilidade social do autor da demanda.

Nas decisões interamericanas, por sua vez, é interessante salientar a referência à condição de vulnerabilidade que cerca especialmente os indígenas, a qual se reflete em diferentes âmbitos de acesso à justiça e à serviços de saúde, falta de recursos financeiros e que os torna, muitas vezes, vítimas de práticas abusivas ou violadoras (CORTE IDH, 2010, p. 23). O grupo configura-se como característico da América Latina, demonstrando o que Hardman (2018, p. 215) refere como identidade cultural comum, a qual relaciona os países do continente e é marcada por um conjunto de fatores históricos e culturais comuns que identifica os países latino-

---

<sup>4</sup> Destaca-se que referida afirmação decorre de pesquisa jurisprudencial realizada entre os anos de 2010 e 2017, quanto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos grupos vulneráveis, sendo utilizados dados de 83 (oitenta e três) decisões analisadas.



americanos - o que seria um fator positivo no que se refere à efetividade de mecanismos como o controle de convencionalidade e a criação de um direito comum interamericano.

Uma característica que também marca as decisões envolvendo grupos vulneráveis, em especial aquelas em que há um maior envolvimento da sociedade, é a utilização de dados que evidenciam a condição vulnerável em que determinado grupo se encontra, como é destacado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, quanto às mulheres, ao indicar que o Brasil, "num ranking comparado de 84 países, aparece em 7º lugar em número de homicídios de mulheres a cada 100 mil habitantes" (BRASIL, STF, 2016, p. 17). Quanto a este grupo, destaca a Corte Interamericana que condições específicas como a gravidez, somada à questões de gênero, coloca às mulheres em uma "condición de particular vulnerabilidad" (CORTE IDH, 2011, p. 30), apresentando novamente o conceito com caráter passageiro e que permite que, de acordo com cada caso, seja evidenciada a situação de vulnerabilidade, a qual não é gerada apenas pela condição mulher, por exemplo, mas pela violação sofrida em um momento vulnerável que é característico do grupo.

A Corte de San José traz, ainda, referências à liberdade, dignidade humana, autodeterminação como direitos relacionados com a proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, ressaltando sua proteção internacional. No plano nacional, é trazida também a referência à busca pela felicidade, especialmente em casos envolvendo a comunidade LGBT, indicando o Ministro Celso de Melo, em referência ao direito internacional, a existência dos "Princípios de Yogyakarta", os quais "reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero" (BRASIL, STF, 2011, p. 20), tratando de aspectos que identificam cada grupo, sem, contudo, categorizar ou conceituar minorias.

Interessante destacar, ainda, que muitos dos tratados internacionais existentes contemplam a proteção de grupos em

situação de vulnerabilidade - como a Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dentre outros - os quais são referidos tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando em alguns casos a interação entre o sistema doméstico e o internacional de proteção. Embora a referência realizada, cabe ressaltar que essa, por si só, não se configura como uma forma de diálogo entre jurisdições, uma vez que "influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; ésta implicaría una plausible reciprocidad" (VERGOTTINI, 2011, p. 350).

No exercício do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ambos os Tribunais caracterizam-se como importantes atores na proteção de direitos de natureza fundamental e humana. Diante da presente análise, cabe discutir sobre o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e a atuação da Corte Interamericana na realização do controle de convencionalidade, figurando essa como um importante órgão internacional na efetivação de direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, como se analisará.

### **3 Sistema Interamericano de Proteção e Controle de Convencionalidade: mecanismos e atuação da Corte de San José da Costa Rica**

A criação de uma ordem internacional de proteção de direitos humanos - que decorre em grande medida dos muitos tratados internacionais que pretendiam unificar a proteção desses direitos - reforça a proteção estatal até então destinada a eles. Tem-se configurado, assim, um "sistema de derechos humanos multinivel - constitucional, internacional regional e internacional universal - [que] configura un sistema único coherente de protección de los derechos humanos" (CAVALLO, 2017, não paginado). De um controle de legalidade das normas, passa-se a preocupação com o conteúdo das mesmas em relação à Constituição Federal, o que é

ampliado e passa a abranger os tratados e normas internacionais, dando origem ao controle de convencionalidade das normas.

A criação dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos reforça também o constitucionalismo multinível, estando a Corte Interamericana no centro da proteção regional desses direitos. O reconhecimento da jurisdição da Corte IDH – realizado pelo Brasil apenas no ano de 1998, com o decreto nº. 4.463 no ano de 2002, sendo a Convenção Americana datada de 1969 e tendo entrado em vigor em 1978 e ratificada pelo Brasil no ano de 1992, por meio do Decreto n.º 678 –, que ocorre de forma voluntária, consolidou e vem consolidando essa forma de controle. A teoria do controle de convencionalidade, jurisprudencialmente, origina-se com,

el hoy ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión *control de convencionalidad* que trae consigo la jurisdicción de la Corte. [...] ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi c. Ecuador*, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosas, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo <<confirmar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía>>” (BAZÁN, 2012, p. 25, grifado no original).

Têm-se, com a possibilidade deste controle de convencionalidade, uma internacionalização dos direitos até então nacionais, convertendo-se a Constituição em um documento flexível que se adapta a evolução da proteção destinada aos direitos humanos em nível internacional (LEDESMA, 2012, p. 229). A Constituição não se encontra mais restrita apenas ao plano nacional, passando a contemplar a possibilidade de adequação de seu conteúdo a uma ampla garantia internacional de direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto um dos principais órgãos do Sistema Interamericano de Proteção - juntamente, no caso interamericano, com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - passa a ser a responsável pela análise das violações cometidas pelos Estados. A evolução da proteção destes direitos na atuação da Corte de San José da Costa Rica é referida por Arroyo (2016, p. 37), que destaca que

en una primera hora de protección de la Corte IDH, las resoluciones que ella expidió estaban vinculadas a la protección de derechos humanos de primera generación; es decir, se trataba de condenas a los Estados y disposiciones de reparación [...] a las víctimas de las violaciones al derecho a la vida, la integridad personal, la libertad personal, entre otros. En una segunda hora, la Corte IDH viene resolviendo causas que son mayoritariamente referidas a las violaciones de los derechos al debido proceso legal, libertad, propiedad, libertad expresión, nacionalidad, entre otros.

O controle de convencionalidade, em suas primeiras referências, possui como elementos centrais "en primer lugar, y acertadamente, la unidad del Estado ante el DIP; en segundo lugar, la existencia, derivada de la jurisdicción de la Corte, de un *control de convencionalidad*, al que se encuentra obligado ella y toda autoridad nacional" (CASALS, 2017, p. 370, grifado no original). O Estado não se configura mais como o único a proteger direitos, estendendo-se a proteção até então apenas constitucional, ao nível internacional. Se não realizado por tribunais internos com base na Constituição Federal ou em tratados de direito internacional, detém a Corte Interamericana tal prerrogativa, em caráter subsidiário.

Já a realização do controle de convencionalidade em nível interno é, por sua vez, construída na decisão do Caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*, de 2006, afirmando a Corte Interamericana de Direitos Humanos a obrigatoriedade de que os Estados também verifiquem a compatibilidade - convencionalidade - de suas normas com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e demais tratados internacionais que compõem o *corpus*

*iures* interamericano (ALCALÁ; ZELADA, 2014, p. 510). Com a realização também em nível nacional deste controle é necessária "una articulación de tal binomio de fuentes mediante retroalimentación y complementariedad" (BAZÁN, 2012, p. 19) entre os ordenamentos, a fim de garantir uma maior e melhor proteção de direitos.

Pode-se dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se, nesse contexto, "a la vanguardia en la evolución de la protección internacional, en especial por convertir los tribunales constitucionales en auxiliares suyos" (USERA, 2015, p. 16), estendendo o alcance do controle de convencionalidade. Também os juízes nacionais e as demais autoridades públicas passam a ter como dever a realização do controle de convencionalidade por meio da verificação da adequação das normas internas aos os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principal instrumento do Sistema (BAZÁN, 2012, p. 14) e, ainda "a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos" (BAZÁN, 2012, p. 24).

Assim, não apenas a Corte Interamericana, mas também os juízes nacionais devem interpretar as normas internacionais, concretizando "el control de convencionalidad cuando concretan la aplicación preferente de la convención sobre la legislación interna" (ALCALÁ, 2014, p. 528), quando a proteção interamericana destinada aos direitos envolvidos for maior que a nacional. Desse modo, é possível afirmar que "posibilidades de éxito de la aplicación del control de convencionalidad están cifradas en el grado de receptividad de esta en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política" dos Estados (BAZÁN, 2012, p. 52), uma vez que não há qualquer sanção ao incumprimento das decisões interamericanas.

É necessário, para tanto, que os juízes nacionais conheçam o bloco de direitos humanos e também a jurisprudência da Corte de San José (BAZÁN, 2012, p. 25), a qual, como referido, também possui

caráter vinculante aos Estados. Como referido anteriormente, a jurisprudência da Corte apresenta muitos elementos que podem enriquecer a jurisprudência nacional, principalmente no que toca à questão conceitual, sendo de suma importância analisar como a mesma vem se posicionando. Passa-se, portanto, à análise da atuação da Corte IDH quanto aos grupos em situação de vulnerabilidade.

#### **4. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como defensora de grupos em situação de vulnerabilidade**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos empenha-se em assegurar a efetiva garantia de direitos a grupos em situação de vulnerabilidade. Sua atuação conta com mecanismos já citados como o controle de convencionalidade ao preocupar-se com a conformidade entre as jurisdições interna e externa e com a comunicação ativa entre elas. Percebe-se que este empenho reflete diretamente em sua jurisprudência ao analisar o julgamento de casos de grupos em situação de vulnerabilidade entre os anos de 2010 e 2018. Cabe salientar que a análise concentrou em casos em que a vulnerabilidade está vinculada à questão de gênero, raça, orientação sexual e migrantes.

Na observação dos casos referentes à questão de gênero, a vulnerabilidade é determinada no momento em que mulheres são colocadas como gênero inferior e sofrem violação de direitos pelo mero fato de serem mulheres. Os casos expõem direitos violados da mulher, os quais atingem seu corpo e sua saúde psicológica, tais como o sofrimento causado pela violência sexual verificado no caso de Rosendo Cantú vs. México sentenciado em 2010, o qual evidencia um contexto militar em que a vítima sofreu violência física e sexual (CORTE IDH, 2010, p. 38). A Corte estabeleceu que, frente a situações que violam direitos humanos, sob nenhuma circunstância, poderá operar a jurisdição militar, já que ela não cumpre com

requisitos de imparcialidade competência para reconhecer violações aos direitos humanos (CORTE IDH, 2010, p.54).

Em sua jurisprudência, a Corte IDH percebe o avanço histórico de conquistas das mulheres e preocupa-se em não retroceder na garantia de direitos assegurados, como a autonomia reprodutiva das mulheres. Tal direito está relacionado diretamente com a liberdade da mulher em decidir, responsavelmente, o número de filhos desejados, o momento em que deseja gerá-los e o acesso à informação suficiente para desfrutar destas liberdades (CORTE IDH, 2012, p.47). O caso *Artavia Murillo e outros* (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica, sentenciado em novembro de 2012, exemplifica esta preocupação da Corte IDH, em que ela percebe as mulheres como principais vítimas da proibição expressa da fertilização in vitro por parte do Estado da Costa Rica, uma vez que ainda persiste o estereótipo de gênero que define a mulher como criadora básica da família e a maior responsabilidade que recai sobre as mulheres inférteis.(CORTE IDH, 2012, p. 92)

Ao julgar o caso, a Corte IDH impôs ao Estado, com brevidade, a criação de sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou dos profissionais qualificados para este tipo de reprodução amparada, para que não apenas as vítimas, mas outras mulheres possam depositar sua confiança em instituições estatais e se sentir protegidas (CORTE, 2012, p. 103).O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em decisões de casos referentes a migrantes revela que a situação de vulnerabilidade destes grupos é intensificada no momento em que são privados de sua liberdade apenas por seu status de irregularidade. Esta situação permite que migrantes sejam expostos a tratamentos cruéis e degradantes e tornem-se suscetíveis a ocorrência de abusos por compartilharem ambientes com pessoas que foram detidas por comportamento violento ou prática de crimes (CORTE IDH, 2010, p.70)

Quanto a isso, a Corte IDH ressalta que os Estados dispõem do direito de gerar procedimentos que tenham a finalidade de

controlar a entrada e saída de seu território. Porém, estes mecanismos não poderão violar regras de proteção dos direitos humanos decretados pela Convenção Americana. Tal ressalva não recebeu a devida atenção pelo Estado do Panamá, no Caso Vélez Lloor, sentenciado em novembro de 2013, uma vez que a vítima foi detida por não ter a documentação necessária para permanecer no país. Além disso, a vítima noticiou a ocorrência de atos de tortura durante sua detenção e o Estado admitiu falhas estruturais, superpopulação, deficiência de programas de ressocialização e fornecimento regular de água (CORTE IDH, 2010, p. 61).

Na resolução do caso, o Tribunal ordenou a adoção apenas de medidas necessárias e proporcionais a problemas de migração que respeitem os Direitos Humanos e impeçam atos de tortura e dispositivos que promovam a capacidade suficiente para acomodar pessoas cuja detenção esteja relacionada a questão de migração (CORTE IDH, 2010, p.64). Ainda na análise de casos relacionados a migrantes, a Corte IDH destacou a proibição de retorno do migrante ao país em que ofereça riscos a direitos como a vida ou a integridade pessoal. Ou seja, ao ser notificado da presença de risco de violação de direitos em caso de retorno, o Estado deverá, ao menos, realizar uma avaliação prévia para identificar a existência ou não do perigo (CORTE IDH, 2013, 39).

Estes cuidados são evidenciados na decisão do caso Família Pacheco Tineu vs. Estado Plurinacional de Bolívia, sentenciado em 2013, em que a família recebeu ordem de expulsão de forma imediata e não foram notificados para que pudessem apresentar recursos administrativos e/ou judiciais (CORTE IDH, 2013, p.38). Neste mesmo caso, houve também a violação do direito das crianças, por não terem sido consideradas partes interessadas no processo. O Tribunal defende que, quando requerentes, as crianças devem gozar de procedimentos processuais específicos para a garantia de decisões justas e no caso de um requerente receber asilo, outros membros, principalmente crianças, podem receber o mesmo



benefício e serem reconhecidos pelo estatuto do refugiado prezando o princípio de unidade familiar (CORTE IDH, 2013, p.72).

Acerca das decisões relacionadas à raça, destaca-se a vulnerabilidade dos povos indígenas. A situação de vulnerabilidade deste grupo se agrava no momento em que há a carência de informação a respeito das intenções do Estado com as suas terras (CORTE IDH, 2010, p.39). Estas comunidades conservam afinidades históricas e culturais as quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos empenha-se em mantê-las valorizando e respeitando sua identidade cultural.

Na defesa desses grupos, a Corte IDH destaca intenção de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, a qual implica a obrigação dos Estados de garantir a participação ativa dos indígenas em medidas que afetem seus direitos. O caso da comunidade indígena *XákmokKásek vs. Paraguai*, sentenciado em agosto de 2010, sustenta esta ideia, já que o grupo vulnerável sofreu violação dos seus direitos de propriedade e preservação de sua identidade cultural (CORTE IDH, 2010, p.44, 45). Os indígenas tiveram grande parte de suas terras vendidas pelo Estado, o qual valorizou apenas a produtividade e os fins lucrativos da terra e desconsiderou as particularidades da comunidade.

Além disso, o Tribunal ressalta que a comunidade sofreu restrições quanto ao uso do território e teve seu direito a uma vida digna violado, uma vez que sofreram com condições degradantes de trabalho, saúde e educação sob autoridade dos proprietários privados (CORTE IDH, 2010, p.49). A Corte IDH apontou as crianças indígenas como as principais vítimas desta situação e salientou os seus direitos de viver de acordo com a sua própria cultura, idioma e religião, além de acesso a água, boa alimentação, educação e saúde. Ademais, as crianças indígenas devem receber medidas e tratamento especial com a finalidade de garantir sua proteção em situação de vulnerabilidade (CORTE IDH, 2010, p.66).

Na análise de decisões de casos de grupos em que a vulnerabilidade está relacionada à orientação sexual, a Corte

Interamericana de Direitos Humanos revela sua preocupação com o direito à igualdade e a não discriminação. Para isso, assegura que os tratados de direitos humanos são garantias que devem acompanhar as mudanças e evoluções da sociedade e receber a interpretação mais favorável ao direito discutido (CORTE IDH, 2012, p.29). O caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentenciado em fevereiro de 2012, evidencia isto, já que expõe a decisão de um tribunal interno de usar a orientação sexual como fundamento para impedir três crianças de viverem com a mãe. Tal situação reflete diretamente no interesse superior da criança, uma vez que esta garantia está relacionada ao direito da dignidade humana e ao bom desenvolvimento da criança. A Corte IDH constata que a homossexualidade dos pais não pode ser considerada uma ameaça a este direito (CORTE IDH, 2012, p. 42).

A Corte IDH, ao proteger direitos positivados de grupos em situação de vulnerabilidade, abarca um sentido amplo de família. Neste sentido, o Tribunal destaca o cuidado da não discriminação ainda neste caso:

la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (CORTE IDH, 2012, p. 49).

Ainda em busca de igualdade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condena o Estado da Colômbia no caso *Duque vs. Colômbia*, sentenciado em fevereiro de 2016, após ser retirado o direito da vítima de receber pensão de sobrevivência pela morte do seu parceiro do mesmo sexo. A Corte IDH salienta que esta situação está diretamente ligada ao conceito de família, o qual, na perspectiva colombiana, protegia apenas uma ideia limitada e estereotipada do mesmo (CORTE IDH, 2016, p. 26). Por fim, ainda é válido destacar o direito de todo o ser humano se autodeterminar e garantir a livre

escolha de sua orientação sexual sem que o Estado prejudique a sua integridade pessoal (CORTE IDH 2012, p.48).

Com base nisso, é notória a preocupação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao desenvolver uma jurisprudência voltada à defesa de direitos positivados de grupos em situação de vulnerabilidade e não como uma quarta instância na garantia de direitos.

## 5 Conclusão

Com base no que foi exposto, pode-se afirmar que mecanismos como o controle de convencionalidade (agindo concomitantemente ao controle de constitucionalidade) utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são aliados na defesa de grupos vulneráveis colocados em situações que agravam sua condição de vulnerabilidade. A conformidade entre a norma interna e externa torna possível a efetivação da garantia de direitos fundamentais e humanos, além de promover a igualdade material a grupos ainda marginalizados pela sociedade.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que foram analisadas demonstram a preocupação com a interpretação que expresse maior zelo aos direitos humanos, uma vez que expõem falhas dos Estados como a falta de informação - nos casos de gênero, raça e migrantes -, violações dos direitos das crianças - nos casos relacionados à orientação sexual e raça - e omissão no momento de adotar medidas adequadas e eficientes, a fim de alcançar resultados rápidos na prestação desses direitos.

A Corte Interamericana enfatiza a sociedade pluralista, multicultural e democrática em que vivemos e a importância de garantir a participação dos povos e comunidades indígenas em decisões relativas às medidas que afetem seus direitos. As decisões referentes à orientação sexual, por outro lado, relacionam-se diretamente com o conceito de liberdade e possibilidade de todo o ser humano se autodeterminar e destaca que a Convenção

Americana não estipula um conceito fechado de família, pelo contrário, protege todos os laços familiares. Ao mesmo tempo empenha-se em garantir a liberdade e autonomia reprodutiva das mulheres e a proteção do princípio da unidade familiar na vida dos migrantes.

De forma que seja respondido o questionamento apresentado, é possível afirmar a relevância da comunicação entre as Cortes nacionais e internacionais, revelando o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a essencialidade de definir a vulnerabilidade dos grupos e o momento em que esta vulnerabilidade é agravada, a fim de que seja possível definir as medidas protetivas e preventivas adequadas e eficientes. O posicionamento adotado pela Corte de San José revela, portanto, a necessidade de uma efetiva proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade perante a identificação das condições particulares que os caracterizam e que devem ser objeto de atenção por parte dos Estados.

## Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ALCALÁ, H. N.; ZELADA, L. G. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ALCALÁ, H. N.;
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000. P
- ALEXY, R.; SILVA, R. L. N. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In:
- ALEXY, R.; XAVIER, N. L.; SILVA, R. L. N. D. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: [s.n.], 2015. p. 165-178.

ARROYO, César Landa. *Convencionalización del Derecho peruano*. Lima: Palestra, 2016.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 17-55.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 477.554*. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgada em 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n.º 3.932*. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgada em 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 227.114*. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Julgada em 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.357*. Rel. Ministro Edson Fachin. Julgada em 09 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.

CASAL, María Angélica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, Año 15, n.º 2. p. 365-388, 2017. p. 370, grifado no original.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El juez estatal en la era del constitucionalismo de los derechos. In: LEAL, M. C. H.; ALVES, F. D. (Orgs.). *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: Prismas, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo v. Costa Rica (Fecundação in vitro): sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffoe filhas v. Chile: sentença de 24 de fevereiro de 2012 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf)>. Acesso em 09 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Duque v. Colombia: sentença de 26 de fevereiro de 2016 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2016. Acesso em: 05 fev. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman versus Uruguai: sentença de 24 de fevereiro de 2011 (Mérito e Reparações)*. San José da Costa Rica, 2011. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>. Acesso em 31 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pacheco Tineo família v. Estado Plurinacional de Bolívia: sentença de 31 de agosto de 2013 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2013. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_272\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf)>. Acesso em 09 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Rosendo Cantú e outra versus México: sentença de 31 de agosto de 2010 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_ing.pdf)>. Acesso em 31 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Paiz e outros versus Guatemala: sentença de 19 de novembro de 2015 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2015. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_307\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf)>. Acesso em 31 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá: sentença de 31 de agosto de 2010 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf)>. Acesso em 09 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay: sentença de 24 de agosto de 2010 (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf)>. Acesso em 09 out. 2018.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, v. 91, p. 577-682, 1993.

HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de convencionalidade e a nova Constituição: o interconstitucionalismo à luz do direito interamericano. In: MAIA, L. M.; LIRA, Y. *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 207-229.

LEDESMA, Eréndira Salgado. La probable inexecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, 2012, p. 221-260.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos nacionais e internacionais - especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-53.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIQUEIRA, D. P.; CASTRO, L. R. B. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 5, nº. 1, p. 105-122, 2017.

USERA, Raúl Canosa. *El Control de Convencionalidad*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre Tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, [s.l.], n. 28, p. 335-352, 2011.

ZELADA, Liliana Galdámez. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570.

## **Terceira parte**

**Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais**





## **I - Direitos fundamentais, acessibilidade e inclusão**



## **Direito e educação inclusiva: a tecnologia assistiva para a pessoas com deficiência <sup>1</sup>**

*Jane Porto <sup>2</sup>*

*Kelly Gianezini <sup>3</sup>*

### **1. Introdução**

A modernidade se apresenta com novos paradigmas, especialmente, no trato da construção de uma sociedade inclusiva. Esta se caracteriza por orientação de relações de acolhimento à diversidade humana, independentemente de sua apresentação, de respeito ou aceitação das diversas especificações que integram o gênero humano, o esforço coletivo na equiparação de oportunidades

---

<sup>1</sup> Artigo vinculado à linha de pesquisa Desenvolvimento e Gestão Social do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). O mesmo faz parte de um projeto maior intitulado “Educação, Cidadania e Políticas Públicas” do qual integram distintas universidades – Universidade Gama e Souza e Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). As autoras agradecem aos colegas pesquisadores – professores e discentes – pela atenta leitura crítica do material. Agradecem também aos pareceristas anônimos que contribuíram com sugestões relevantes para a versão final do artigo.

<sup>2</sup> Doutoranda em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Possui mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), bacharelado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e licenciatura em Pedagogia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). É pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional e Análise Transacional (UERJ).

<sup>3</sup> É docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da UNESC e é líder do Grupo de Estudos sobre Universidade (GEU). Doutora em Educação pela UFRGS com estágio de doutoramento na University of California, Los Angeles (UCLA). Possui Mestrado em Sociologia, Licenciatura em Sociologia e Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Também é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

de desenvolvimento, com qualidade proativa e sustentabilidade, em todas as dimensões da sociedade.

Nesta acepção, o presente trabalho debruça-se sobre a especificidade da pessoa com deficiência. Por meio do caminho interdisciplinar – mais especificamente do Direito e da Educação – consubstancia a tutela jurídica da pessoa com deficiência, o direito à educação especial desta parcela da população, a Tecnologia Assistiva (TA) enquanto recurso instrumental comunicativo, pedagógico e educacional a ser usado apropriadamente, a fim de promover superação de barreiras sociais, e fomento à inclusão de forma integrada, viabilizando a convivência comunitária e a existência digna, na configuração dos fins constitucionais.

Neste estudo busca-se contribuir para este debate, partindo do alinhamento dos fatores geradores das políticas públicas sociais, tanto no âmbito histórico e a sua relação com o Estado, quanto na questão da conceituação do assunto. Considerando esses elementos e o fato das políticas públicas constituírem-se num dos principais resultados da ação do Estado, a questão que se apresenta pode assim ser definida: *é possível identificar a relação entre o Estado e as políticas públicas por meio de processos e constructos históricos mediante definições conceituais?* Se sim, *qual a importância da discussão das políticas públicas no Século XXI?* Para responder ao questionamento, definiu-se como objetivo expor, em um constructo histórico, a necessidade de compreender a estrutura operacional e conceitual das políticas públicas e como estas impactam na sociedade.

Para tanto se optou por uma técnica descritiva e propositiva, dando continuidade a uma pesquisa de revisão bibliométrica da literatura. Metodologicamente, realizou-se: *i)* um estudo bibliográfico sobre o histórico das políticas voltadas para o âmbito social; *ii)* breve levantamento da literatura e organização das políticas públicas no Brasil; e *iii)* elaboração de esquemas representativos da estruturação e correlação entre o Estado e as

políticas públicas, com vistas a ilustrar por meio de adaptação de constructos e proposições derivadas da literatura.

Este artigo foi estruturado em quatro partes. Na primeira (introdução) contextualizou-se brevemente os aspectos que contemplam a temática em análise. Na segunda parte foi discutida a titularidade de direitos às pessoas com deficiências. Na terceira abordaram-se os principais elementos como a origem, as definições e a caracterização das políticas públicas. E, na última parte, constatou-se a importância e a necessidade da discussão das políticas públicas que visem o bem estar social.

Não se pretende esgotar todas as possibilidades de análise conceitual que as políticas públicas oferecem, tampouco abarcar toda a amplitude do debate acerca das origens das políticas públicas. No entanto, espera-se que as reflexões aqui apresentadas demonstrem ao mesmo tempo a importância das abordagens interdisciplinares para conceitua-las e suas potencialidades.

## **2. Pessoa com deficiência: titularidade de direitos**

A evolução do pensamento jurídico e social, nos Estados internacionais qualificados como democráticos e de direito, chega a atualidade com a finalidade de promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Neste panorama, o âmbito de tutela manifesta-se de diferentes formas, com a finalidade de instituir instrumentos de garantia de acesso e exercício de direitos aos diferentes titulares.

Tanto em tratados internacionais como em documentos legislativos de estados nacionais faz-se presente a exteriorização deste pensamento por meio da constituição de obrigações públicas, tanto do Estado para com os cidadãos, como destes últimos entre si. Esta conduta é classificada pelos juristas como constitucionalismo democrático, ou Estado Democrático de Direito.

O constitucionalismo democrático, ao trazer para seu núcleo o princípio da dignidade humana, o faz na forma de valor fundamental, princípio jurídico que constitui parte essencial dos

direitos fundamentais. Para fins de operacionalização, sob a ótica jurídica, Barroso (2012), expõe a necessidade de delimitar um conteúdo mínimo, que simultaneamente apresente unidade e objetividade a aplicação do princípio. Assim, o referido jurista apresenta por meio do que chama de concepção minimalista, que a dignidade humana identifica:

1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). [...] os três elementos que integram o conteúdo mínimo da dignidade [...] são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário (BARROSO, 2012, p. 21).

Na continuidade de seu trabalho, o autor expõe o valor intrínseco de cada indivíduo como aquele ligado a natureza do ser, o que distingue o humano e o qualifica diante dos outros seres vivos e demais coisas pertencentes ao mundo natural, dando-lhe a condição singular. Isto repercute no plano jurídico por meio da existência de direitos e garantias fundamentais como o direito à vida, o direito à igualdade (material e formal), direitos da personalidade, entre outros.

Já a autonomia, segunda dimensão do conteúdo de dignidade humana proposto por Barroso (2012), concentra-se na autonomia, ou seja, o exercício da vontade humana, capacidade de autodeterminação do indivíduo em decidir os rumos da sua vida e desenvolvimento da personalidade. Neste campo, assestam-se as manifestações de vontade quanto à participação política, formação acadêmica, profissionalização, vida afetiva, religiosidade, sem interferências alheias e impositivas à liberdade privada. Sob a exegese do direito, esta autonomia desdobra-se em autonomia privada (direitos individuais, liberdades públicas), autonomia pública (direitos políticos, entre outros) e o mínimo existencial, que diz respeito a satisfação de necessidades indispensáveis à existência

física e psíquica humana, para que assim consiga em condição de liberdade e igualdade exercer sua cidadania.

E a última dimensão da dignidade humana apresenta-se por intermédio do valor comunitário, enquanto viés social. Aqui a circunscrição do princípio jurídico é posta a partir de valores, cultura, padrão civilizatório compartilhados pela comunidade. A autonomia individual é delimitada pela vida em sociedade, o interesse coletivo, da moral compartilhada sobrepõe-se ao interesse particular.

Nesta acepção, o princípio da dignidade humana apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil, devendo sua força normativa irradiar por todo ordenamento jurídico. Esta construção epistemológica decorre de influências do sistema internacional de proteção à pessoa humana, por meio da consagração de tratados internacionais de direitos humanos. Neste âmbito de influência agrega-se a importância no plano interno da soberania nacional, as lutas de diferentes movimentos populares, na luta por direitos de diferentes interesses individuais homogêneos.

No tratamento destinado a centralidade da pessoa humana assenta-se, no estado de direito, a primordialidade de tratamento isonômico entre esses seres. Esta isonomia compreende o reconhecimento de peculiaridades históricas e naturais. Estas evidenciam a necessidade de instituição de critérios valorativos que precisam ser discriminados a fim de tutelar os titulares de interesses individuais, difusos e coletivos. Tal finalidade determina-se para que estes não venham a sofrer com a ditadura da maioria, a ser exemplificada por meio de supressão de direitos das minorias étnicas entre outras parcelas populacionais vulneráveis, e por vezes sucumbidas entre tantas manifestações culturais de maior representatividade pública.

Assim, “o princípio isonomia que propicia garantia individual e tolhe favoritismo” (MELLO, 1978, p. 25), especifica-se ao discriminar e apresentar-se como direito geral e especial da pessoa com deficiência, com o objetivo de promoção da tutela desta parcela



da humanidade. Na questão em tela, segundo Barbosa-Fohrmann (2011, p. 10),<sup>4</sup> a pessoa com deficiência

[que a criança deficiente] não pode ter seu direito de igualdade violado, pois isso violaria, sem última instância, a sua própria dignidade no sentido de uma perspectiva emancipatória futura como indivíduo, de escolha autônoma de seus objetivos futuros, e de integração social a partir da concessão da mesma igualdade de oportunidades a todas crianças sem distinção.

A igualdade, aqui se manifesta como reconhecimento de direitos especiais onde a pessoa com deficiência possui a titularidade de tais direitos. Essa construção jurígena no cenário dos direitos humanos encontra-se segundo Piovesan (2012, p. 283) na quarta fase de desenvolvimento, e disto

emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação.

Esta acepção foi precedida de outras fases que vão desde a invisibilidade destes sujeitos até as práticas meramente assistencialistas. E por meio de diferentes marcos legislativos, nacionais e internacionais, percebe-se a mudança de paradigma. O marco legislativo atual encontra-se no plano internacional na Convenção Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

---

<sup>4</sup> No caso citado pela autora, trata-se de pessoa humana a qual se encontra na fase da infância.

O Brasil, enquanto signatário de tal documento, incorporou-o ao ordenamento pátrio por meio do Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008 e foi sancionado pelo Decreto Presidencial nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Por se tratar de ratificação de tratado internacional sobre direitos humanos, atendendo a tramitação especial (artigo 5º. §3º da Constituição da República Federativa Brasileira, CRFB), este foi o primeiro tratado ratificado com força de emenda constitucional.

O primeiro marco teórico trazido por esta norma diz respeito a mudança de paradigma expressa na nomenclatura *pessoa com deficiência*. Isto se traduz numa reivindicação posta por representantes desta parcela da população humana, que participou da formulação da Convenção. A opção realizada evidenciou a concentração da demanda da deficiência sobre o aspecto social e as barreiras materiais que impedem a participação humana, expresso por meio da alínea “e” do Preâmbulo,

deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as de mais pessoas.

Esta postura afasta o espectro da deficiência da pessoa humana, como afirmou Piovesan (2013, p. 47), a “deficiência deve ser vista como resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”. A deficiência nesta perspectiva deixa de assentar-se sobre a pessoa humana, e passa a ser vista como algo decorrente da interação social.

Tal paradigma opõe-se a fundamentação da concepção anterior, que assentava o conceito de deficiência sobre a pessoa humana. Logo, era comum o uso de vocábulos tais como: “pessoal especial”, “pessoa portadora de necessidade especial”, “pessoa deficiente”. As limitações eram sobrepostas às pessoas com

deficiência. Por conseguinte, indivíduos que adquiriam esta qualificação eram dispostos à margem da vida comunitária.

A citada modificação conceitual externaliza a dificuldade social de reconhecimento e convivência comunitária das distintas diferenças que constituem o gênero humano. Ao mesmo tempo em que ilumina esta parcela social em situação de vulnerabilidade, também promove – nos sistemas de proteção de direitos humanos nacionais – o fomento de políticas de ação afirmativas de direitos e garantias fundamentais a serem implementados. Outro marco conceitual posto é a definição de pessoa com deficiência (artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência), que consiste em ser “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Em todo o momento o texto normativo da Convenção expõe a finalidade de reconhecimento de serem as pessoas com deficiência titulares de direitos inerentes à pessoa humana. E, nesta condição, necessitam serem especificados seus direitos, afim de superação das barreiras sociais, morais e materiais que possam trazer impedimento ou limitação de desenvolvimento destes titulares de direito para que usufruam de melhor convivência social.

O que se busca é a superação da discriminação negativa, aquela que conduz a violência real e simbólica, trazendo segregação, sofrimento físico e psicológico a pessoa com deficiência. Uma das propostas de superação da discriminação negativa encontra-se no enfrentamento dos obstáculos culturais, físicos e sociais que impedem ou limitam o pleno exercício de direito das pessoas com deficiência.

Tal postura de enfrentamento precisa ser conduzida sob a diretriz ética dos direitos humanos e fundamentais, a fim de produzir novas práticas sociais, públicas e privadas. Assim, práticas

sociais afirmativas consolidam a rede colaborativa de formação de novas e proativas posturas para com a pessoa com deficiência.

A convenção em tela tem como propósito maior para os Estados signatários a demanda por ações de natureza legislativa, administrativas e outras quaisquer que vierem a ser necessárias para a implementação dos direitos nela tutelados. Estes se apresentam na forma de princípios, direitos enunciados, medidas repressivas e mecanismos de monitoramento dos estados-parte.

Em todos os capítulos a convenção assegura direitos e liberdades civis universais à pessoa humana. A especificidade da tutela da pessoa com deficiência ocorre ao propor como princípios gerais: a autonomia individual com decorrente da dignidade humana, a plena e efetiva participação, inclusão social, respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, acessibilidade, e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito destas em preservar sua identidade.

Tais princípios irradiam pelos demais artigos no que tange a definição de direitos, medidas repressivas a toda e qualquer forma de discriminação da pessoa com deficiência, e meios de acessibilidade (superações de barreiras que impedem o desenvolvimento e deslocamento, assim como a oferta de recursos como a TA como forma de construção de meios e promotores de desenvolvimento humano. E a força normativa de tais princípios irradia na construção de interna de documentos legislativos dos países que se tornam consignatário de tal norma jurídica internacional.

No plano interno, a República Federativa do Brasil, além da ratificação desta Convenção possui outros dispositivos legislativos e práticas administrativas que se coadunam com as premissas de reconhecimento da titularidade singular de direitos da pessoa com deficiência. Segundo dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no censo 2010 cerca de 45,6 milhões de pessoas se declararam ser pessoas com alguma deficiência. E é de

conhecimento de experiência da população de que barreiras materiais, sociais e culturais tornam a vida destas pessoas mais sofrida, e algumas vezes, impossibilitam a fruição de direitos e liberdades públicas, ferindo-lhes a dignidade humana. A modificação deste quadro não compreende apenas modificações administrativas e legislativas. Também abarca a construção de um novo *ethos* social, para veicular com fluidez nas relações da vida cotidiana direitos fundamentais na via horizontal.

Um dos instrumentos de viabilidade desta nova ética humana encontra-se no processo de formação humana, por meio da educação inclusiva. Este aspecto formativo será objeto da próxima seção do trabalho.

### 3. Do direito à educação à educação inclusiva

*Ninguém escapa da educação. Em casa, na rua, na igreja ou na escola, de um modo ou de outros, todos nós estamos envolvemos pedaços da vida com ela: para aprender, para ensinar, para aprender-e-ensinar. Para saber, para fazer, para ser ou para conviver, todos os dias misturamos a vida com educação* (BRANDÃO, 1985, p. 7)

A epígrafe selecionada apresenta a relevância social e espacial desse campo. Apresenta a essencialidade do fenômeno educacional na vida de pessoas em processo de humanização. Sua natureza revela-se como uma manifestação de elementos da cultura comunitária e instrumento de socialização de novos elementos à coletividade. Enquanto produto da relação humana, a educação é marcada pela influência sócio-interacional.

A realização deste processo educacional motiva-se diante a necessidade de instrumentalizar os novos integrantes da comunidade humana no domínio da vida privada, através do desenvolvimento de auto potencialidades; assim como a vida pública, coletiva, funcional.

Esta formação e participação do ser indivíduo no meio social de forma autônoma nada mais é do que revelação do ser político, participação enquanto cidadão, no exercício de direitos e obrigações civis. Trata-se de educação para o exercício das liberdades civis, públicas e subjetivas, constituintes do conjunto de saberes necessários à vida comunitária. A formação do cidadão, até mesmo antes da idade clássica, é marcada pela presença da educação espontânea, dada ao meio social, e a educação sistemática e intencional.

A seletividade para designação dos saberes necessários a aprendizagem, pessoas aptas a ministrá-los e outras a recebê-los, faz surgir a educação formal, e desenvolve-se por meio da escolarização do saber. É o momento de surgimento da escola e consubstanciação do currículo escolar. Este qualifica-se como uma espécie do gênero educação, pois manifesta-se pela transmissão objetiva de conhecimentos selecionados, por meio de instituições oficiais, por pessoas habilitadas para função, destinado para fim específico, por tempo, circunstâncias e pessoas determinadas.

Do início da escolarização do saber até o reconhecimento de necessidade de universalização do acesso a este bem imaterial, de forma gratuita a toda pessoa humana, é uma longa trajetória da história da educação. E que foi perpassada por várias correlações de forças, até chegar aos nossos dias. Por necessidades didáticas faz-se um corte epistemológico, de forma a realizar alguns apontamentos a partir da Idade Moderna.

Na modernidade, um marco importante de reconhecimento e posituação deste acesso encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1949. Na mesma linha de tutela da pessoa humana, a ONU realiza a classificação dos direitos protegidos e reconhecidos pela comunidade internacional por meio da edição do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Assim, o direito a educação foi apresentado como um direito constituinte dos direitos sociais, postos no Pacto Internacional de

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 13). Esta qualificação surge como expressão da seguinte fundamentação: pressuposto básico para assegurar uma vida material digna, “exigindo prestações positivas do Estado, caso o indivíduo as necessite” (RAMOS, 2005, p. 92). Por ser este direito um direito social, e devido ao seu fim social e universal, tornou-se indispensável à atuação do Poder Público. Isto porque desta forma, o Estado torna-se obrigado na prestação de um núcleo comum e universal, a uma parcela da sociedade. E nesta parcela encontra-se aqueles que devido à condição de hipossuficiência não teriam condições de por autonomia de seus recursos usufruírem de tais bens.

Posição conexa à ordem internacional assumiu a CRFB, em 1988, quando expõe que o direito a educação, na topografia dos direitos sociais (artigo 6º, *caput*), e dá sua natureza jurídica de direito público subjetivo (artigo 206, § 1º), seu fim destina-se ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205). A positivação do direito nestes termos traz para o Estado a responsabilidade de desenvolvimento de um conjunto de garantias jurídico-políticas, a fim de dar efetividade às normas sociais, por meio de políticas públicas educacionais. Como afirmou o Bobbio (2004, p. 16), estamos diante de “um problema não filosófico, mas político”.

E por ser um bem integrante da formação objetiva e subjetiva da personalidade humana, a educação, junto com a saúde e assistência social, é considerada como um dos elementos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, apresentado acima, enquanto conjunto de direitos que dizem respeito à satisfação de necessidades indispensáveis a existência física e psíquica humana, para que assim consiga em condição de liberdade e igualdade exercer sua cidadania. Sendo este um elemento constituinte da autonomia individual, que por sua vez constitui-se em um componente do conceito de dignidade da pessoa humana, proposto pelo professor Barroso.

Nesta senda é importante registrar que em seu trabalho, Barcellos (2002) expõe neste contexto de condições básicas para a existência, a essência do mínimo existencial promotor da dignidade humana possui três elementos materiais e um instrumental. Na categoria material são postos pela referida autora a educação básica, a saúde e a assistência aos desamparados. Enquanto a vertente instrumental está relacionada ao Poder Judiciário, sendo este provocado diante a violação dos outros, quando compreendidos como direito público subjetivo.

A sistematização deste direito público ao longo da história da educação pública brasileira – a educação escolar – apresentou variações de qualidade de ensino. Estas variações produziram tipos distintos, que não atendia a diversidade que caracterizava a demanda. Assim, como afirmou Guijarro (2005, p. 7), “os sistemas educacionais apresentam respostas homogêneas, que não satisfazem às diferentes necessidades e situações do alunado, o que se reflete em altos índices de reprovação e evasão escolar, que afetam [...] às populações que estão em situação de vulnerabilidade”.

Neste grupo de vulnerabilidade educacional encontra-se a pessoa com deficiência. O atendimento educacional destinado ficou a cargo da educação especial. Esta, por sua vez, se qualifica como espécie do gênero educação, e segundo o Ministério da Educação (BRASIL, 2001, p. 39), é conceituada como:

[...] um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo [...] a promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentem necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da Educação Básica.



Este nível de aceção e concretização deste direito à educação especial, inclusivo compreendendo as necessidades do educando e predisposto a superação de barreiras éticas e sociais, é pensamento pedagógico atual. A história das ideias pedagógicas revela postura adversa ao trato educacional a pessoa com deficiência.

Segundo Glat e Fernandes (2005) o *iter*<sup>5</sup> da educação especial foi delineado por diferentes paradigmas, que constituíram nas fases desta especialidade do ensino. Estas fases correspondiam a de tutela e atendimento destinado à pessoa com deficiência. Inicialmente, a educação destas pessoas esteve classificada como modelo médico ou clínico. Isto porque esta categoria profissional foram os primeiros a preocuparam-se com o atendimento educacional da pessoa com deficiência. A escolarização nesta fase possuía caráter terapêutico. As avaliações eram pautadas na percepção de especialistas da área da saúde. Pouca ênfase era dada a atividade acadêmica. E as atividades predominantemente destinavam-se a ocupação do tempo dos pacientes que se encontravam internados, em sua maioria pessoas com deficiência intelectual internos em hospitais psiquiátricos. Alunos cegos e surdos eram mantidos em escolas segregadas, muitas vezes em regime de internato, sendo separadas de suas famílias.

Durante a década de 1970, no Brasil, houve a institucionalização da educação especial. Naquele período houve a intencionalidade em que o sistema educacional público garantisse o acesso da pessoa com deficiência à escola. Era o momento de criação de escolas e classes especiais, formação continuada para os docentes que atuariam com esta clientela, em todos os níveis de ensino. E a formalização de um serviço educacional paralelo à escola regular, e com organização própria. Ainda que tenha havido uma ruptura à fase anterior, este momento da educação especial trouxe como produto ao longo do tempo uma significativa segregação do aluno com deficiência em relação aos demais estudantes.

---

<sup>5</sup> Trata-se de termo latino designado para indicar um caminho evolutivo, percurso de assecuração de um direito.

A ruptura com este paradigma ocorreu procedimentalmente, afim de romper as circunstâncias materiais, físicas e conceituais que cristalizavam a separação entre os alunos com deficiências dos demais. Por meio de influências nacionais e internacionais (principalmente os Pactos relativos à matéria de Direito Humano), houve a consolidação do paradigma educacional conceituado como Inclusão com vistas à Integração. Esta epistemologia propunha-se a ofertar um ambiente escolar menos restritivo possível a esta clientela. A transição de modelos educativos orientava para que alunos de classes e escolas especiais ingressassem em classes regulares, e paralelamente, na medida da necessidade, receberiam atendimento em sala de recursos ou outras modalidades especializadas.

Este modelo encontrou assento constitucional (art. 208, III, CRFB) por meio da garantia de atendimento educacional especializado<sup>6</sup> a pessoa com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Assim, a política educacional destinada a pessoa com deficiência tem a primazia do atendimento em ensino regular. Ou seja, em classe regular, junto com os demais alunos. E as demandas subjetivas de necessidades educacionais especiais serão atendidas no contraturno, de maneira individualizada.

Algumas circunstâncias trouxeram dificuldades na implementação deste modelo de atendimento educacional a pessoa com deficiência. E permitindo a coexistência de estigmas e preconceitos relacionados tanto a estes alunos, às políticas de cunho de integração, e o trabalho solitário, predominantemente desenvolvido pelo docente, e/ou regente na sala de recursos multifuncionais, reiterando práticas de segregação deste alunado no interior da escolar regular.

---

<sup>6</sup> De acordo como Decreto 7.611, de 11 de novembro de 2011, art. 2º. §1º. “serão denominados atendimento educacional especializado, compreendido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente, prestado das seguintes formas: I - complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou II suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação.”

O enfrentamento a esta postura reacionária promoveu a criação de uma nova proposta de educação inclusiva mundialmente propagada por meio de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), e aqui apresentada a vertente que tem ênfase na educação especial. A educação inclusiva, em sua perspectiva de educação especial coloca-se como a finalidade de reinstituir o debate da temática assim como a construção de novas práticas educativas. Estas com vistas à integração.

Resgata-se o debate sobre formas mais adequadas e inclusivas de ensino à alunos com deficiência, além da necessidade de desenvolvimento de conteúdos trazidos pela política da integração. A educação inclusiva é atual política educacional especial do país. E seu pensamento irradia por todo o sistema normativo e administrativo da educação, devendo garantir qualidade a todos os atendidos.

Como afirmou Glat e Blanco (2013, p. 16),

A educação inclusiva significa um novo modelo de escola em que é possível o acesso e a permanência de todos os alunos, e onde os mecanismos de seleção e discriminação, até então utilizados, são substituídos por procedimentos de identificação e remoção das barreiras para a aprendizagem. Para tornar-se inclusiva a escola precisa formar seus professores e equipe de gestão, rever as formas de interação vigentes entre os segmentos que a compõem e que nela interferem. Precisa realimentar, sua estrutura, organização, seu projeto político-pedagógico, seus recursos didáticos, metodologia e estratégias de ensino, bem como práticas avaliativas. Para acolher todos os alunos, a escola precisa, sobretudo, transformar suas intenções e escolhas curriculares, oferecendo um ensino diferenciado que favoreça o desenvolvimento e a inclusão social.

Sob o prisma da educação especial, a educação inclusiva compreende a perspectiva de educação escolar que recebe a pessoa com deficiência e garante sua permanência no sistema educacional com sucesso acadêmico, dando atenção às peculiaridades de

aprendizagem e desenvolvimento do educando. É o sistema educacional e suas unidades escolares que reestruturam para oferta de ensino de qualidade. Esta reorganização do ensino para a acessibilidade pedagógica da pessoa com deficiência vai desde a adequação arquitetônica, formação continuada da docência, a reorganização de recursos técnicos e tecnológicos.

A educação inclusiva apresenta-se como uma manifestação especializada do direito à educação da pessoa com deficiência. A fruição deste direito, qualifica os titulares deste ao exercício da uma vida com maior autonomia no uso de liberdades subjetivas e públicas da vida comunitária. Desta forma, além da promoção da dignidade da pessoa humana, esta parcela da população exerce o direito de isonomia ao momento em que há como afirmou Santos (2003, p. 53) “a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Assim, após breves apontamentos dos contornos da educação inclusiva enquanto diretriz da política educacional para atendimento da pessoa com deficiência, o trabalho encaminha-se à aplicabilidade desta filosofia a materialização da tecnologia aplicada à acessibilidade sócio-digital, a ser exposta no próximo segmento do trabalho.

#### **4. Ta na sociedade tecnológica da informação**

*No informacionalismo, a geração de riqueza, o exercício do poder e a criação de códigos culturais passaram a depender da capacidade tecnológica das sociedades e dos indivíduos, sendo a tecnologia da informação o elemento principal dessa capacidade. A tecnologia da informação tornou-se ferramenta indispensável para a implantação efetiva dos processos de reestruturação socioeconômica. De especial importância, foi seu papel ao possibilitar a formação de redes como modo dinâmico e auto-expansível de organização da atividade humana. Essa lógica preponderante de redes transforma todos os domínios da vida social e econômica (CASTELLS, 1999, p. 441-412).*

Na epígrafe acima consta a relevância social e espacial desse campo a partir do prisma de Castells. Em seu trabalho, Castells desenvolve, em três volumes, o conceito de sociedade da informação. Esta expressão surge para qualificar a nova forma de produção de conhecimento após a “sociedade pós-industrial”. A sociedade informacional (informacionalismo, termo cunhado por Castells) está conectada à expansão e reestruturação do capitalismo, ao fim da década de 1980, como um novo modo de desenvolvimento que privilegia o uso da tecnologia no processo de informação e no suporte à comunicação simbólica como principal fonte de produtividade social.

O paradigma do informacionalismo encontra-se assentado sobre a vertente da tecnologia da informação, que expressa a essência desta nova forma organizacional por meio das transformações globais e locais, nas relações científica, social e econômica. Werthein (2000, p. 72), a partir de sua leitura de Castells (1999), apresenta que este paradigma possui as seguintes características fundamentais:

a informação é sua matéria-prima (as tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atual sobre a informação propriamente dita, ao contrário do passado quando o objetivo dominante era utilizar informação para agir sobre tecnologias, criando implementos novos ou adaptando-os a novos usos); os efeitos das novas tecnologias têm alta penetrabilidade (porque a informação é parte de toda atividade humana, individual ou coletiva e, portanto todas essas atividades tendem a serem afetadas diretamente); predomínio das lógicas de redes (esta lógica, característica de todo tipo de relação complexa, pode ser, graças às novas tecnologias, materialmente implementada em qualquer tipo de processo); flexibilidade (a tecnologia favorece processos reversíveis, permite modificação por reorganização de componentes e tem alta capacidade de reconfiguração); e crescente convergência de tecnologias (principalmente a microeletrônica, telecomunicações, optoeletrônica, computadores, mas também e crescente biologia. A ponto central aqui é que trajetórias de desenvolvimento tecnológico em diversas áreas do saber tornam-

se interligadas e transformam-se as categorias segundo as quais todos os processos – grifos nossos).

A transição para o paradigma da automação encontra-se concluída em nossos dias. Tanto nos espaços de produção quanto a influência no cotidiano social. É de conhecimento público e notório, como a tecnologia digital está presente na vida individual e coletiva. Está disponibilizado na rede mundial de computadores a maior diversidade possível de conhecimento. Os dispositivos de comunicação vão dos mais complexos celulares ao mais simples computador, facilitando a comunicabilidade entre pessoas, instituições, Estado e organizações. Novas mídias disponibilizam a interatividade nas redes sociais, trazendo novas formas sociais e individuais de interação e conexão de sujeitos diversos, e flexibilização de tempo e espaço, no mundo virtual.

A acessibilidade a estes recursos comunicativos da sociedade tecnológica também não está imune das influências geopolíticas, e seus os impactos decorrentes do sistema capitalista de produção. Nestes termos, registra-se a presença de diversos extratos populacionais em diversas partes do mundo que sofrem com a privação de direitos e garantias básicos, fundamentais, tais como o direito à informação e a educação tecnológica. Pois a desigualdade de renda e desenvolvimento não sofreu grande alteração no novo paradigma de produção social.

Assim, os grupos em vulnerabilidade social e econômica, minorias étnicas e pessoas com deficiência encontram-se no alcance de políticas de reconhecimento e ações afirmativas, para que sejam abarcadas pela inclusão digital. E desta forma, venham a usufruir de direitos dos quais são titulares, e ao mesmo tempo em que sejam incluídos na vida comunitária, como membros legítimos da família humana.

Este é desafio ético e político para que a sociedade tecnológica da informação deixe o *status* de predominância e alcance seu estado de generalidade por meio da flexibilidade de meios e oportunidade-

acessibilidade dos diferentes membros da família humana ao direito ao desenvolvimento, por meio exercício de liberdades públicas e individuais, assim como a fluência do direito à informação. E os modernos recursos tecnológicos sejam usados como instrumentos viabilidade de acessibilidade sócio-digital também da pessoa com deficiência.

Na promoção desta acepção, a acessibilidade evocada procura mecanismos que visam eliminar, ou ao menos flexibilizar, as barreiras/desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, que os impedem de exercerem direitos acessíveis outras pessoas, limitando-as de participar de forma menos independente possível da convivência comunitária. Como afirmou Barcellos e Campante (2012, p. 177), “a acessibilidade é tanto um direito em si quanto um direito instrumental aos outros direitos.”

É oportuno consignar nesta fase do trabalho texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, internalizado ao direito pátrio também por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, artigo 9º o conceito legal de acessibilidade:

A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.<sup>7</sup>

Tais posturas visam a dar efetividade ao princípio constitucional da isonomia, em seu aspecto material. Num desdobramento deste princípio assenta-se a Tecnologia Assistiva

---

<sup>7</sup> Documento eletrônico. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/decreto6949\\_seesp.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/decreto6949_seesp.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

(TA), com a finalidade de tornar as coisas possíveis as pessoas com deficiência e a inclusão social.

Como afirmou Manzini (2005, p. 83) os recursos de TA participam do dia-a-dia da vida humana, em maior ou menor densidade. Para exemplificar, o autor expõe o uso de “uma bengala, [...], bem como um aparelho de amplificação utilizado por uma pessoa com surdez moderada ou mesmo veículo adaptado para uma pessoa com deficiência física”.

Em termos acadêmico, TA é definida por Sasaki (1996, p. 01) como

a tecnologia destinada a dar suporte (mecânico, elétrico, eletrônico, computadorizado etc.) a pessoas com deficiência física, visual, auditiva, mental ou múltipla. Esses suportes, então, podem ser uma cadeira de rodas de todos os tipos, uma prótese, uma órtese, uma série infindável de adaptações, aparelhos e equipamentos nas mais diversas áreas de necessidade pessoal (comunicação, alimentação, mobilidade, transporte, educação, lazer, esporte, trabalho e outras).

A realidade brasileira desenvolveu denominações variadas para qualificar tecnologias assistivas. A de maior relevância para este momento encontra-se na utilizada em documentos legislativos e políticas públicas de Estado. Por meio do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, assim TA assume a denominação de ajudas técnicas, no artigo 19:

Consideram-se ajudas técnicas [...] os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social.

Do exposto, é possível perceber que TA é composta por recursos e serviços. Os serviços destinam-se a avaliar, prescrever e orientar o uso da tecnologia, isto para promover a maior



independência funcional da pessoa com deficiência na atividade de seu interesse.

Os recursos de TA aspiram, por sua vez, a favorecer: a comunicação; a adequação postural e mobilidade, o acesso independente ao computador, a escrita alternativa, o acesso diferenciado ao texto, os projetos arquitetônicos para acessibilidade, bens variados que promovem independência em atividades cotidianas e do trato pessoal, tais como alimentação, vestuário e higiene. Intentam-se a diminuir as barreiras sociais e promover a interação da pessoa com deficiência e o meio (social e material) em que vive.

Por sua natureza, TA evoca a interdisciplinaridade no desenvolvimento de bens que visam à superação de barreiras sociais das pessoas com deficiência, o que segundo especialistas da área constitui um novo campo do saber. A interdisciplinaridade não é objeto apenas do momento de feitura de tais bens para o usuário final.

Ela também se faz presente na realização da prestação de serviços de TA. Esta se relaciona com mediação que o profissional irá realizar no uso do recurso pela pessoa com deficiência. Tal campo de atuação destina-se com relevância a profissionais da saúde e educação. No entanto, a eficiência social do recurso de TA é alcançada quando atores sociais, família e comunidade entendem a necessidade ética do uso do recurso por seu possuidor, e passam a também compor o âmbito da mediação entre o usuário e a tecnologia de TA, como meio eficiente de produzir interação social digna.

A TA recebeu muitas contribuições do atual paradigma da sociedade tecnológica da informação e com isto adquiriu melhor potencialidade de uso de seus recursos por parte da pessoa com deficiência para melhor realização da vida cotidiana e interação social. A interrelação entre as novas tecnologias e a sociedade, assim como aplicabilidade desta tecnologia em sua vertente de TA possuem o potencial de ajudar na produção da vida cotidiana da pessoa com deficiência.

A seguir, far-se-á a apresentação da categoria de TA e sua operacionalidade no cotidiano.

## 5. Classificação e promoção de acessibilidade sócio-digital

O estudo a respeito de Classificação de TA possui algumas referências importantes, que apresentam a organização e sua aplicação. De acordo com a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (2009, p. 16) elas são: “ISO 9999; *Classificação Horizontal European Activities in Rehabilitation Technology* – HEART; e Classificação Nacional de Tecnologia Assistiva, do Instituto Nacional de Pesquisas em Deficiências e Reabilitação, dos Programas da Secretaria de Educação Especial, Departamento de Educação dos Estados Unidos”. O uso de tais classificações como parâmetros para o uso dessas tecnologias com os seus destinatários. Simultaneamente, isto assegura credibilidade e legitimidade para a escolha por Estados internacionais.

A classificação da ISO 9999 é utilizada em diversos países, em bases de dados e catálogos, está orientada especificamente em recursos, que são organizados em classes que se desdobram em itens de produtos (ISO 9999: 2007, 2008). Desta forma, assegura-se um parâmetro de qualidade e técnica nos produtos desenvolvidos sob este padrão de produção.

O parâmetro de classificação *Horizontal European Activities in Rehabilitation Technology* (HEART) surgiu no âmbito do Programa *Technology Initiative for Disabled and Elderly People* (TIDE), originário da União Europeia propõe uma orientação em TA, centrada nos conhecimentos envolvidos na sua utilização. Esse modelo orienta-se por três áreas de formação em TA, a saber: componentes técnicos, componentes humanos e componentes socioeconômicos.

E por fim, a Classificação Nacional de Tecnologia Assistiva do Departamento de Educação dos Estados Unidos foi desenvolvida a partir da conceituação de Tecnologia Assistiva (TA) que consta na

legislação estadunidense e integra recursos e serviços. Além de catalogar dez itens de componentes de recursos, por áreas de aplicação, esta classificação apresenta um grupo de serviços de TA que promove o apoio à avaliação do usuário, o desenvolvimento e customização de recursos, a integração da TA com ação e objetivos educacionais e de reabilitação e os apoios legais de concessão.

A escolha deste trabalho assentou-se em apresentar uma quarta classificação, desenvolvida em 1998, por José Tonelli e Rita Bersch,<sup>8</sup> em publicação de Bersch (2013, p. 5-11). Os autores a produziram com um cunho didático-pedagógico, e em cada tópico considera a existência de recursos e serviços. Os mesmos apresentam que o trabalho foi desenvolvido com fundamento em outras classificações utilizadas em bancos de dados de TA e especialmente a partir da formação dos mesmos no Programa de Certificação em Aplicações da Tecnologia Assistiva (ATACP) da *California State University Northridge, College of Extended Learning and Center on Disabilities*. A classificação destes autores compreende um grupo de doze tópicos expostos a seguir.

*Auxílios para a vida diária e vida prática* – trata-se de materiais e produtos que favorecem desempenho autônomo e independente em tarefas rotineiras ou facilitam o cuidado de pessoas em situação de dependência de auxílio, nas atividades como se alimentar, cozinhar, vestir-se, tomar banho e executar necessidades pessoais. Como exemplo apresenta-se os suportes para utensílios domésticos.

*Comunicação Aumentativa e Alternativa (CAA)* – orientada a atender pessoas sem fala ou escrita funcional ou em defasagem entre sua necessidade comunicativa e sua habilidade em falar e/ou escrever. Recursos como as pranchas de comunicação, construídas

---

<sup>8</sup> O reconhecimento público deste trabalho adveio por meio da utilização desta classificação foi utilizada pelo Ministério da Fazenda; Ciência, Tecnologia e Inovação e pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República na publicação da Portaria Interministerial nº 362, de 24 de outubro de 2012, que trata sobre a linha de crédito subsidiado para aquisição de bens e serviços de TA destinados às pessoas com deficiência e sobre o rol dos bens e serviços.

com simbologia gráfica, letras ou palavras escritas, são utilizados pelo usuário da CAA para expressar suas questões, desejos, sentimentos, entendimentos. A tecnologia dos vocalizadores (pranchas com produção de voz) ou o computador com *softwares* específicos e pranchas dinâmicas em computadores tipo *tablets*, garantem eficiência à função comunicativa.

*Recursos de acessibilidade ao computador* – Conjunto de *hardware* e *software* idealizado para tornar o computador acessível a pessoas com privações sensoriais (visuais e auditivas), intelectuais e motoras. Inclui dispositivos de entrada (mouses, teclados e acionadores diferenciados)<sup>9</sup> e dispositivos de saída (sons, imagens, informações táteis).<sup>10</sup>

*Sistemas de controle de ambiente* – por meio de um controle remoto as pessoas com limitações motoras, podem ligar, desligar e ajustar aparelhos eletroeletrônicos como a luz, o som, televisores, ventiladores, executar a abertura e fechamento de portas e janelas, receber e fazer chamadas telefônicas, acionar sistemas de segurança, entre outros, localizados em seu quarto, sala, escritório, casa e arredores.<sup>11</sup>

*Projetos arquitetônicos para acessibilidade* – projetos de edificação e urbanismo que garantem acesso, funcionalidade e mobilidade a todas as pessoas, independentemente de sua condição física e sensorial. Estes se apresentam por meio de modificações de ambientes de forma a instituir rampas, elevadores, adaptações em

---

<sup>9</sup> São exemplos de dispositivos de entrada os teclados modificados, os teclados virtuais com varredura, mouses especiais e acionadores diversos, *software* de reconhecimento de voz, dispositivos apontadores que valorizam movimento de cabeça, movimento de olhos, ondas cerebrais (pensamento), órteses e ponteiras para digitação, entre outros.

<sup>10</sup> Como dispositivos de saída têm-se *softwares* leitores de tela, *software* para ajustes de cores e tamanhos das informações (efeito lupa), os *softwares* leitores de texto impresso (OCR), impressoras braille e linha braille, impressão em relevo, entre outros.

<sup>11</sup> O controle remoto pode ser acionado de forma direta ou indireta e neste caso, um sistema de varredura é disparado e a seleção do aparelho, bem como a determinação de que seja ativado, se dará por acionadores (localizados em qualquer parte do corpo) que podem ser de pressão, de tração, de sopro, de piscar de olhos, por comando de voz etc.

banheiros, mobiliário entre outras, que retiram ou reduzem as barreiras físicas.

*Órteses e próteses* – Próteses são peças artificiais que substituem partes ausentes do corpo. Órteses são colocadas junto a um segmento corpo, garantindo-lhe um melhor posicionamento, estabilização e/ou função. São normalmente confeccionadas sob medida e servem no auxílio de mobilidade, de funções manuais (escrita, digitação, utilização de talheres, manejo de objetos para higiene pessoal), correção postural, entre outros.

*Adequação Postural* – trata-se da seleção de recursos que garantam posturas alinhadas, estáveis, confortáveis e com boa distribuição do peso corporal. São recursos que auxiliam e estabilizam a postura deitada e de pé, portanto, as almofadas no leito ou os estabilizadores ortostáticos fazem parte deste grupo de recursos da TA. Quando utilizados os recursos de adequação postural previnem novas deformidades corporais.

*Auxílios de mobilidade* – A mobilidade pode ser auxiliada por bengalas, muletas, andadores, carrinhos, cadeiras de rodas manuais ou elétricas, e qualquer outro veículo, equipamento ou estratégia utilizada na melhoria da mobilidade pessoal.

*Auxílios para qualificação e ampliação visual* – instrumentos que auxiliam a formação da visão, como por exemplo, auxílios ópticos, lentes, lupas manuais e eletrônicas e *softwares* ampliadores de tela.

*Auxílios para pessoas com surdez ou com déficit auditivo* – constituem vários equipamentos (infravermelho, FM), aparelhos para surdez, telefones com teclado-teletipo (TTY), sistemas com alerta tátil-visual, celular com mensagens escritas e chamadas por vibração, software que favorece a comunicação ao telefone celular transformando em voz o texto digitado no celular e em texto a mensagem falada.

*Mobilidade em veículos* – constituída por instrumentos que possibilitam uma pessoa com deficiência física dirigir um automóvel, facilitadores de embarque e desembarque como

elevadores para cadeiras de rodas (utilizados nos carros particulares ou de transporte coletivo), rampas para cadeiras de rodas, serviços de autoescola para pessoas com deficiência.

*Esporte e Lazer* – Recursos que favorecem a prática de esporte e participação em atividades de lazer.

Esta breve apresentação de recursos de TA demonstra como o uso de instrumentos de diferentes níveis de complexidade auxiliam a convivência da pessoa com deficiência a viverem com um determinado nível de autonomia, interagir com a comunidade na qual está inserida, e superações das barreiras sociais. Esta interação possibilita a maior inclusão social desta parcela da sociedade.

Em curta síntese, a TA é instrumento de acessibilidade para a pessoa que possui uma restrição, temporária ou permanente, para melhor realização da vida cotidiana. Isto permite a pessoa que faz uso de tal tecnologia mais independência e interatividade. Ao mesmo tempo em que permite melhorar a fruição de bens públicos e coletivos, materializa o exercício das liberdades e autonomia (pública e privada) dentro do espaço social.

No campo educacional, o acesso a estes bens presentes na sociedade tecnológica, permite a pessoa com deficiência a ampliação de seu espectro de desenvolvimento pessoal e acadêmico. Paralelamente viabiliza a instrumentalização do indivíduo para melhor exercício da vida comunitária, democrática e cidadã.

## **6. Considerações finais**

A atual fase de desenvolvimento humano e social, em Estados Democráticos e de Direito, reconhece e assegura garantias de concretização de direitos a pessoa com deficiência. Esta postura visa a promoção da igualdade material a esta parcela da família humana. A República brasileira encontra-se entre estes Estados. E, por meio de sua política de Estado desenvolve tutela jurídica especial para alcance dos fins constitucionais de tratamento digno a pessoa

humana, independente de qualificação, e realização, acompanhada de fomento, de inclusão social.

O tratamento digno, enquanto princípio constitucional que orienta a concretização de direitos fundamentais (na relação entre estado-indivíduos, como dos indivíduos entre si) destina-se a atender as especificidades da pessoa com deficiência. Este atendimento deve orientar-se de tal forma que a discriminação produzida venha a produzir igualdade, na medida em que realize a superação das barreiras sociais que impedem a convivência comunitária da pessoa com deficiência com os demais membros do grupo.

O desenvolvimento tecnológico alcançado na sociedade da informação possibilitou que a TA, em sua atual fase, realizasse diversos instrumentos, em diferentes níveis de complexidade, a fim de permitir melhor instrumentalização da pessoa com deficiência em seu espaço social. Esta instrumentalização permite uma produção da vida cotidiana de forma mais autônoma e comunicativa, melhor fruição de direitos individuais e coletivos.

Toda a presente conjuntura desenvolvida é fruto de uma nova ética que permeia os diferentes campos do conhecimento tecnológico, social e jurídico. A transdisciplinaridade procura integrar os diferentes ramos do saber humano em favor, neste caso, da pessoa com deficiência, de tal forma a produzir qualidade de vida proativa, sustentável.

A síntese conveniente a esta realização encontra-se na educação inclusiva, como um desafio realizável não somente à educação escolar, mas de todos os espaços educativos sociais. Pois é por meio da mediação entre humanos (que sejam estas pessoas com deficiência ou não) que ocorre o desenvolvimento destes. A multiculturalidade presente no encontro de pessoa com a pessoa sem deficiência (notória ou diagnosticada) permite a produção de novos saberes e confluências. E este encontro pode ser melhor realizado, em alguns casos, por meio do acesso a recursos da acessibilidade sócio-digital.

No âmbito das relações cotidianas ainda temos desafios a enfrentar. O primeiro encontra-se na continuidade de sensibilização e transposição das barreiras do preconceito, ainda presente na convivência comunitária. A discriminação negativa ainda persiste, como é de conhecimento notório. E mais do que ser aceito, a pessoa com deficiência, assim como outro ser humano, necessita ser respeitado em sua subjetividade.

E outro desafio a transpor é a escassez de recursos, no que tange ao acesso universal de recursos da TA para a pessoa com deficiência, que dela necessite, e tenha que recorrer a assistência social ou o poder judiciário para acessá-la. E a transposição desta barreira econômico-financeira e jurídica se perfaz por meio do conhecimento. A titularidade de direitos consuma-se no desdobramento decorrente de tal situação. E este combinado com a necessidade real de fruição de direitos encaminha o indivíduo ao acesso à justiça.

## Referências

- BARBOSA-FOHRMANN, A. P. Direito à igualdade de acesso à educação da criança portadora de deficiência no direito internacional e constitucional comparado. In: TORRES, R. L.; BARBOSA-FOHRMANN, A. P. (orgs.) **Estudos de Direito Público e Filosofia do Direito**. Um diálogo entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 406p.
- BARCELLOS, A. P. de. A Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: ORTIZ, M. H. R. **Justiça social**: uma questão de direito. Rio de Janeiro: DP e A, 2004. 199p.
- BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 396p.
- BARCELLOS, A. P. de; CAMPANTE, R. R. A acessibilidade como instrumento de promoção dos direitos fundamentais. In: FERRAZ, C. V. et al. **Manual dos Direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 476p.



BARROSO, L. R. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BERSCH, R. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Disponível em: <<http://www.assistiva.com.br>>. Acesso em: 16 out. 2018.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 217p.

BRANDÃO, C. R. **O que é educação**. São Paulo: Abril Cultural, Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos) 117p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Ensaios pedagógicos - construindo escolas inclusivas**: 1. ed. Brasília: MEC, SEESP, 2005.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Censo Demográfico 2010. **Características da população e dos domicílios**. Resultados do Universo. Rio de Janeiro, 2011.

BRASIL. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001**. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Diário Oficial da União. Brasília, 14 de set. 2001.

BRASIL. Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. B823 t **Comitê de Ajudas Técnicas Tecnologia Assistiva**. - Brasília: CORDE, 2009.

CASTELLS, M. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura, vol. 3, São Paulo: Paz e Terra, 1999. 627p.

CROCETTA, B. B.; GIANEZINI, K.; FRANCO, M. E. D. P.; GROSS, J. O Estado somos nós! Uma análise da importância do cidadão na tomada de decisões e na conquista de direitos. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 32, p. 04, 2016.

GIANEZINI, K. **Educação e sociedade**: a expansão do ensino superior jurídico e o acesso de minorias étnicas. 2014. 300f. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

GIANEZINI, K. Public Policies and Affirmative Actions in Higher Education: a Brazilian contemporary experience. **American International Journal of Contemporary Research**, v. 4, p. 92-99, 2014.

GIANEZINI, K.; et al. Políticas públicas: definições, processos e constructos no século XXI. **Revista de Política Públicas da UFMA**, v. 21, p. 1065-1084, 2017.

GIANEZINI, K.; et al. A educação superior em Santa Catarina: expansão, interiorização e políticas públicas. **DI@LOGUS**, v. 7, p. 03-28, 2018.

GIANEZINI, K.; et al. A formação da carreira científica no âmbito de grupos de pesquisa: percepções e práticas de iniciação científica em um curso de direito. **Holos** (Natal. Online), v. 4, p. 339-351, 2016.

GLAT, R.; BLANCO, L. de M. V. Educação Especial no contexto de uma educação inclusiva. In: GLAT, R. (org.) **Educação Inclusiva**: cultura e cotidiano escolar. Rio de Janeiro: 7letras, 2007. 208p.

GLAT, R.; FERNANDES, E. M. Da educação segregada à educação inclusiva: uma breve reflexão sobre os paradigmas educacionais no contexto da Educação Especial brasileira. **Revista Inclusão**. MEC/SEESP, v. 1, n. 1, p. 235-39, 2005.

LAUXEN, S.; FRANCO, M. E. D. P.; GIANEZINI, K. Os desafios da prática pedagógica jurídica e as perspectivas dos docentes em universidades comunitárias. **Revista Electrónica de Investigación y Docencia**, v. 20, p. 125-136, 2018.

- MANZINI, E. J. Tecnologia Assistiva para educação: recursos pedagógicos adaptados. In: BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Ensaio pedagógico** – construindo escolas inclusivas: 1. ed. Brasília: MEC, SEESP, 2005, p. 83-86.
- MELLO, C. A. B. de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 1978. 3ª Edição. 48p.
- PASSOS, M. C. E. S.; GIANEZINI, K. Proteção jurídica e publicidade infantil: análise sociojurídica da imagem da criança em face de sua participação em publicidades, à luz da Constituição Federal e da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, v. 1, p. 1-32, 2017.
- PIOVESAN, F. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, C. V. et al. **Manual dos Direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 476p.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. 782p.
- RAMOS, A. de C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 286p.
- ROSA, M; GIANEZINI, K. Estrutura curricular de Cursos de Direito em Santa Catarina e o reconhecimento pelo Selo OAB recomenda. **Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho**, v. 5, p. 59-91, 2018.
- SANTOS, B. de S; NUNES, J. A. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, B. de S. (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 308p.
- SASSAKI, R. **Por que o termo “Tecnologia Assistiva”?** 1996. Disponível em: <<http://www.cedionline.com.br/ta.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.
- WERTHEIN, J. **A sociedade da informação e seus desafios**. Ci. Inf. Brasília, v.29, n. 2, p. 71-77. Maio/ago. 2000.

## **Proteção estatal, informação e a capacidade das pessoas com deficiência na perspectiva dos Direitos Fundamentais**

*Alexandre Barbosa da Silva*<sup>1</sup>

*Phillip Gil França*<sup>2</sup>

“Qualquer um que comporte-se  
acordado da mesma maneira que se  
comporta nos sonhos será visto como  
louco.”  
Freud

### **1. Considerações iniciais**

As pessoas com deficiência, por imposição da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estão a merecer tratamento mais digno no Brasil, especialmente a partir da edição da Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Isso porque, o aludido contexto legislativo supera o discriminatório tratamento até então conferido pelo Código Civil, que as considerava no plano da incapacidade. Os arts. 3º e 4º do

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor da graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Contato: alexxandrebb@uol.com.br

<sup>2</sup> Pós-doutor (CAPES\_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Contato: phillipfranca@hotmail.com

Código Civil de 2002, de forma genérica e abstrata, considerava como incapazes as pessoas que não tinham razoável condição de discernimento. Ainda piores eram as disposições do Código Civil de 1916, que nos arts. 5º e 6º, fixavam as pessoas com deficiência como “loucos de todo o gênero”, desconsiderando de forma criticável as realidades da vida.

A denominada teoria das incapacidades se explica na dupla ideia de “capacidade de fato” e “capacidade de direito”, nos termos do que dispõe o art. 1º do Código Civil de 2002 e art. 2º do Código de 1916 e, na perspectiva das pessoas com deficiência, conformava-lhe, repita-se, abstratamente, a condição de incapaz.

Não se tinha por mister apurar as peculiaridades e condições próprias do “doente”, tão somente inseria-o em um grupo diferente das pessoas consideradas “normais”.

Aludido estado de coisas recebe giro copernicano com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revoga expressamente a condição de incapaz da pessoa assim compreendida no texto legislado. Mas não foi o Estatuto que promoveu tal modificação, como se tem defendido em excelente doutrina, mas, sim, a Constituição Federal de 1988, no momento em que recepcionou a Convenção da ONU mencionada.

Essa perspectiva, no entanto, não é pacífica no que se refere à qualidade da proteção que a pessoa com deficiência recebe com a Convenção e com o Estatuto, especialmente pelo fato de que ao deixar de ser incapaz “perderia” as garantias que o Código Civil – por exemplo – lhes concede. Um exemplo inicial e pontual é o benefício de contra si não correr a prescrição.

O presente texto tem por intuito apresentar algumas breves reflexões no sentido de contrariar essa reducionista compreensão, na tentativa de ofertar fundamentos que permitam reconhecer na pessoa com deficiência sua absoluta capacidade. Isso, sem se olvidar da merecida proteção que continua a existir no direito pátrio, mas que, doravante, sob o viés constitucional, permite um olhar hermenêutico-prospectivo sobre a legislação infraconstitucional.

A interpretação, a integração e a aplicação do direito ao caso concreto, com hercúleo labor fulcrado nos direitos fundamentais e na sintonia teleológica, auxiliará na construção de um modelo que fomenta a consideração da pessoa a partir de suas potencialidades, desejo final da normatização internacional a que o Brasil aderiu.

A Convenção de Nova Iorque – como também é denominada – foi recepcionada pelo direito brasileiro com a importante função de prestigiar a diversidade e conscientizar sobre a necessária proteção da autonomia e da *igualdade* das pessoas com deficiência, garantindo-lhes o livre desenvolvimento de suas personalidades, no contexto da dignidade, posto que direito fundamental. O que se deseja é a consideração da igualdade de todos, sem distinção.

Mister compreender –se, portanto, o alcance do atual debate sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência, por meio do trilhar de novos e mais humanos caminhos sobre o sistema (ou teoria) das (in)capacidades. Como se verá, esse trajeto não deve tomar rumo de retrocesso ao sistema pretérito do Código Civil, como está em curso em criticável Projeto de Lei do Senado<sup>3</sup>, que pretende ressuscitar os arts. 3º e 4º fazendo ressurgir a incapacidade das pessoas com deficiência.

Outro fator preponderante será a participação do poder público, na construção de mecanismos de informação e fiscalização para a efetivação dos direitos garantidos a essas pessoas

Imperioso, nesse duto de ideias, que o poder público atue na proteção das pessoas com deficiência, nos moldes do que pretende a Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclusive e decisivamente por meio do Poder Judiciário, na concretização das promessas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse conjunto de afazeres é que se concentrará o presente estudo, com as naturais limitações temporais e espaciais de um

---

3 PLS nº 757/2015, acessível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251> Acesso em 09/08/2017.

artigo que pretende, acima de tudo, fomentar o debate acerca de tão relevante tema.

## **2. O direito ao livre desenvolvimento da pessoa com deficiência como direito fundamental**

A pessoa com deficiência tem constitucionalmente assegurado o direito de livremente determinar-se e desenvolver todos os atributos de sua personalidade, eis que preserva e reforça sua dignidade.

A capacidade liberta e permite que a pessoa possa agir em todos os atos da vida civil que consiga, com apoio – por tomada de decisão apoiada ou curatela – quando for necessário, sempre merecendo ressaltar que a curatela não é mais total, mas densificada e fixada pelo juiz para atos específicos a que a pessoa necessitar.

Como bem frisado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 232):

Inegável que a regra do “tudo ou nada” foi proibida pela Convenção. Na prática, era comum decretar-se a interdição para todos os atos da vida civil. E, com isso, havia uma restrição completa ao exercício da cidadania da pessoa, mesmo que ela pudesse praticar determinados atos. Mesmo que a pessoa fosse qualificada como relativamente incapaz, a restrição não se vinculava às potencialidades da pessoa, mas, simplesmente, em um status definido abstratamente pela norma do artigo 4º do Código Civil. Vejamos um exemplo bem singelo. Uma pessoa com limitações intelectuais pode, perfeitamente, ir à padaria, comprar pão, leite, fazer pequenas transações, sem qualquer necessidade de atuação de seu curador. Esse gesto, que pode parecer simples para muitos, pode representar um grande momento na vida dessa pessoa, entregando-lhe a responsabilidade desse ato, que colaborará para a sua inclusão social, dentro dos limites de sua capacidade e de sua segurança.

De fato, a curatela, doravante, é medida a ser analisada caso a caso, com vistas a alcançar a exata necessidade da pessoa a ser

apoiada e auxiliada nos exatos procedimentos da vida em que lhe seja necessário. Não existe mais, e parece de todos sabido, a curatela absoluta e para todos os atos, conforme determina o art. 84, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para que se efetivem restrições à autonomia da pessoa, mister que se apure, como afirmam Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 55), “o discernimento e interesse subjacente à situação subjetiva em concreto.”

A regra anterior de incapacidade legal prevista nos arts. 3º e 4º do Código Civil discriminava mais do que protegia, pelo simples fato de que era abstrata e geral, rotulando a todas as pessoas que pudessem ter algum grau ou espécie de deficiência, que invariavelmente alcançava o agressivo resultado de um processo de interdição, no qual se lhes restringiam todas as atitudes, quer de intimidade, quer de patrimônio.

A Convenção, cuja natureza jurídica é de Emenda à Constituição, posto que recepcionada nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, especifica textualmente que a pessoa com deficiência é capaz (tem capacidade legal) e esta capacidade não é, nem de longe, somente a capacidade de direito. Trata-se de capacidade de fato, de exercício, pois se assim não fosse não estaria explicitado “em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12.2, parte final).

A capacidade liberta e densifica o princípio da dignidade humana, na exata dimensão acima, ou seja, a pessoa com deficiência se sente inserida na vida e na igualdade que deve existir entre ela e todas as demais pessoas.

A Constituição Federal de 1988, ainda, protege expressamente a pessoa com deficiência em diversos momentos, especificamente nos arts. 7º, XXXI; art. 23, II; 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV, V; art. 208, III, IV; art. 227, §1º, II, §2º; art. 244.

Rubens Limongi França (FRANÇA, 1988, p. 43), saudoso jurista, entendia que os direitos da personalidade podiam ser classificados e explicados a partir da perspectiva de integridade. A



Convenção de Nova Iorque também caminhou nesse sentido ao determinar no art. 17 que “Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.”

A integridade tem a ver com a liberdade de autodeterminação, e a Constituição, como visto, determina que o Estado não só não impeça, como fomenta a construção da capacidade da pessoa com deficiência em condição com as demais pessoas. Isso serve, também, como elemento de densificação do princípio da igualdade, que é direito fundamental.

A pessoa não se desenvolve livremente se for incapaz, por não poder autodeterminar-se e agir em condição de igualdade com os demais. A Convenção repete algumas dezenas de vezes a oração “em condições de igualdade com as demais pessoas” não é à toa.

Não é a designação e o rótulo de incapaz que vai proteger a pessoa com deficiência. Ao contrário, essa condição foi banida do sistema jurídico brasileiro e não tem mais lugar, sob pena de inconstitucionalidade.

No sentido da Convenção, e para complementar seu aspecto normativo, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) garante a capacidade das pessoas com deficiência<sup>4</sup>, especificando cuidadosamente diversos aspectos da vida em sociedade, cuja dúvida poderia surgir ao intérprete.

---

<sup>4</sup> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre

reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O art. 84 do EPD, mantendo a mesma sintonia, esclarece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Como já se vinha expondo neste texto, quando houver necessidade a pessoa será submetida a curatela ou tomada de decisão apoiada, mas, sempre, como determina o § 3 do dito artigo, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível.

Em outras palavras, é direito fundamental da pessoa com deficiência ser considerada e reconhecida, jurídica e socialmente, como capaz. Essa fundamentalidade está densificada nas aplicações do princípio da igualdade até agora reiterados, que convergem em igual preenchimento dos elementos necessários para bem construir a dignidade da pessoa humana neste contexto.

É digna a pessoa com deficiência que tem condições de, nas palavras da Convenção e do EPD, ser tratada e respeitada “em condições de igualdade com as demais pessoas”. (Vc pode retirar essa parte, está repetitiva).

A indagação que não cala – e com alguma razão – é: como proteger a pessoa com deficiência, então, se sua situação não estiver exatamente subsumida à letra da lei? Quer-se dizer, não sendo ela incapaz, como pode ser protegida como era antes pela letra gramatical do Código Civil, como por exemplo no caso na não prescrição?

Para construir essa resposta, faz-se necessário e razoável entender a “crise” que vivencia a doutrina nesse tema. Pode-se afirmar, no entanto, que quaisquer tentativas de retomada da incapacidade por lei ordinária (PLS 757/2015), que “repristinaria” os art. 3º e 4º do Código Civil, são equivocadas por conta da inconstitucionalidade. O caminho é hermenêutico, mas, se preferirem os defensores da construção legislativa, a alteração deve tomar rumo diverso do retrocesso da incapacidade. É o que se segue.

### 3. O atual debate sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência

Clóvis Beviláqua (1921, p.165) ao tratar do art. 2º do Código Civil de 1916<sup>5</sup> expõe: “Capacidade é e extensão dada aos poderes de acção, contidos na personalidade. Neste artigo, não se trata de capacidade de facto, que é o limite da personalidade. Aqui o Codigo define, antes, a personalidade, que equivale á capacidade de direito. Affirma que todo homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão.” (sic)

Da lição do codificador fica fácil lembrar o que a doutrina pacífica orienta: a capacidade de direito todos tem – sinônimo de personalidade jurídica da pessoa natural –, mas a capacidade de fato – também chamada de exercício – exige a complementação do agir pelo atuar de um representante (incapacidade absoluta) ou de um assistente (incapacidade relativa).

Esse estado de coisas, no que se refere às pessoas com deficiência, vigorou no direito brasileiro até janeiro de 2016, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já bem visto.

A referida lei cria uma nova teoria das incapacidades dentro do direito civil brasileiro, reduzindo hipótese de incapacidade por questão de “saúde” tão somente àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (atual art. 4, III, do Código Civil).

Aludida alteração, também como já se mencionou, aconteceu antes mesmo da Lei Brasileira de Inclusão, ou seja, com o ingresso no direito brasileiro da Convenção de Nova Iorque – a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – recepcionada pelo direito interno, como Emenda Constitucional nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> Art. 2. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Com a aludida Emenda Constitucional relativa à ratificação da Convenção de Nova Iorque, não há mais incapacidade para pessoas com deficiência no Brasil, especialmente por conta de seu art. 12, que estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Não obstante, ainda está em construção no Brasil a consciência da força normativa da Constituição, ou seja, lamentavelmente a maioria dos juristas insistem em preferir a lei ordinária à Constituição, em absoluto demérito à hierarquia das normas.

Por este motivo, é voz corrente que foi o Estatuto a efetivar a alteração do ordenamento jurídico brasileiro, e não a Convenção que, infelizmente, muitos sequer conhecem. Nesse caminho tortuoso, acaba-se por fomentar razoável confusão na compreensão do novo sistema, em detrimento do Direito e das realidades das pessoas.

Mas não é só de confusão que vive o EPD. Grandes doutrinadores preferem ponderar sobre situações jurídicas que devam favorecer as pessoas com deficiência e temem que as sensíveis alterações na centenária teoria das incapacidades possam causar prejuízo a esses direitos.

Por todos, mencionem-se os escritos de máxima relevância do notável Professor do Largo São Francisco, José Fernando Simão (SIMÃO, 2016), os quais estão no sentido de que o EPD, nessa medida da capacidade, é mais prejudicial do que vantajoso, uma vez que diversos direitos constantes do Código Civil se colocam tão somente ao dispor das pessoas incapazes. Ao não envergarem mais esta condição, as pessoas com deficiência não poderiam ter a seu favor as proteções de outrora.

De outra senda, Paulo Lôbo (LÔBO, 2015) defende que a Convenção de Nova Iorque foi a norma a alterar o Código Civil e que o Estatuto tão somente exteriorizou de maneira mais objetiva a

atitude legislativa. Para o autor, descabida qualquer situação que retroceda à condição de incapacidade das pessoas com deficiência.<sup>6</sup>

Joyceane Bezerra de Menezes (MENEZES, 2015), na mesma perspectiva, apoia a alteração do sistema das incapacidades, especialmente pelo conteúdo da Convenção que veda qualquer discriminação e redução da esfera de capacidade da pessoa com deficiência.<sup>7</sup>

Alexandre Barbosa da Silva (SILVA, 2016, p.245-247), na linha dos últimos, defende que não foi o EPD o grande articulador da capacidade plena das pessoas com deficiência, mas a Constituição Federal, ao trazer ao ordenamento a Convenção de Nova Iorque, que determina a capacidade plena às pessoas com deficiência.

Este texto caminha no sentido destas últimas ideias, ou seja, crê-se na efetiva intenção de modificar o sistema clássico de incapacidades, retirando qualquer pessoa que tenha deficiência de seu alcance.

Acredita-se, portanto, que foi essa a intenção da Convenção a que o Brasil aderiu, e por conta do que se obrigou a implementar a legislação e a instrumentalizar os direitos garantidos na norma internacional. Por isso, e não por simples vontade do legislador, surge o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De todo o quadrante aqui trabalhado, já é possível afirmar que é tempo de compreender a razão de todo o conteúdo legislativo construído em prol das pessoas com deficiência, reforçando-se a intenção protetiva da Constituição, na conscientização de todos sobre os novos tempos que precisam se firmar.

Cabe ao Direito se amoldar às contemporâneas realidades dessas pessoas que carecem de proteção, respeito, igualdade e

---

<sup>6</sup> Lôbo, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes In: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 29/06/2017.

<sup>7</sup> Vide seu estudo em: MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun/2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/> Acesso em 26/07/2016.

afirmação na sociedade, e não estas se manterem adequando forçadamente aos antigos postulados jurídicos da incapacidade, tão somente por conta da cultura jurídica e da tradição histórica de um formato normativo.

Nesse contexto, faz-se imediato que se abram mentes e corações para uma nova realidade: a da plena capacidade das pessoas com deficiência, através da pavimentação de uma vereda em que seja construída com mais humanidade, edificando-se um sistema de capacidades, superando-se o anterior, de incapacidades.

Possível afirmar que a capacidade da pessoa com deficiência lhe possa trazer prejuízos, como já se demonstrou ser entendimento de parcela respeitável da doutrina. Isso, se for mantido o antigo estado de coisas referente à invisibilidade dessas pessoas na sociedade. Para mudar-se o *“status quo”* é importante que se dê visibilidade à situação das pessoas deficientes na sociedade e no Direito.

Em outras palavras, se o dever de informação previsto da Convenção de Nova Iorque, na Constituição e no EPD for efetivamente operacionalizado, com a conscientização dos direitos e deveres de todos os envolvidos, na proteção determinada na legislação internacional e nacional de regência, será possível acreditar-se na plena aceitação e consciência da total capacidade da pessoa com deficiência, com respeito a seus atos e especificação das consequências a partir de cada caso concreto, conforme já se percebe em relação às demais pessoas.

Peça chave, portanto, para a efetivação dos direitos em debate, é a boa gestão da informação, que terá o poder público como principal ente viabilizador.

#### **4. A posição do poder público na proteção da pessoa com deficiência e a boa gestão da informação**

A proteção das pessoas com deficiência é dever constitucional do Estado e de todos os seus partícipes, não só pela determinação de

construção de uma sociedade solidária expressa no art. 3º, I da Constituição Federal, mas, também, do disposto em seu art. 23, I, que determina o dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de cuidar da saúde e da assistência pública garantidos a essas pessoas.

De igual forma, o art. 24, XIV, do texto constitucional, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e a integração social das pessoas com deficiência. Ainda, exemplificativamente, sem excluir outras disposição constitucionais que indicam o dever de proteção estatal, a Constituição traz no art. 203, IV, como objetivos da assistência social, a habilitação e a reabilitação das pessoas ora em comento, com a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De forma geral, a Constituição indica o caminho para que o Estado promova a inclusão, visando a que o desenvolvimento intersubjetivo de todos que lá estão ocorra de forma proporcional e, concretamente, de modo a criar um amanhã melhor a todos que são iguais em direitos e deveres, conforme uma ideia de isonomia material – protegida pela própria Constituição (art. 5º da CF/88).

Para tanto, essencial se faz o bom uso de um poderoso instrumento: a informação.

É de pouca serventia diplomas jurídicos que determinem deveres, sem que se promova a adequada informação sobre elas, para aprimorar culturas ou readequar antigos hábitos sociais que atualmente promovam a exclusão e não a inclusão de semelhantes, igualmente diferentes entre si. E a cultura que se propõe aqui, objetiva, é a cultura de inclusão das pessoas com deficiência, como forma de promoção concreta dos objetivos da República impressos no art. 3º da Constituição, de modo a viabilizar o desenvolvimento intersubjetivo, proporcional e sustentável de todos os envolvidos na

tutela estatal, conforme os valores constitucionais fundados na dignidade da pessoa humana.

Logo, a informação é um dos principais instrumentos a ser bem utilizado em prol desse desiderato de bom desenvolvimento intersubjetivo, pela via da constante gestão responsável do que é público. E a tutela da pessoa com deficiência é dever, inclusive, público, conforme expressões constitucionais já indicadas. O manejo da informação voltado ao bem do homem-cidadão que tenha alguma deficiência, também criador legítimo do Poder estatal, é ato primordial para a aferição de prosperidade de qualquer Estado.

A relevância da gestão da *informação como forma de poder* é facilmente detectada nos altos níveis de sua troca e gerenciamento,<sup>8</sup> principalmente quando se mencionam aquelas informações chamadas *privilegiadas*, ou, *v.g.*, as fundamentais para a celebração de um grande contrato de concessão de serviço público, restritas ao atendimento de interesses de poucos. Por outro lado, existem outras que concedem poder ao homem comum<sup>9</sup>, popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites. Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização. Observa-se, com essas lentes, as comunicações a partir de redes eletrônicas como uma das expressões mais próximas da dinâmica evolução tecnológica iniciada no último século, sentida no cotidiano, a partir da gestão pública de informações socialmente relevantes. Isto porque, altíssimos investimentos para o despontar de inovações que viabilizem novas e atraentes formas de comunicação e acesso à informação trilharam os caminhos das grandes multinacionais do setor.

No cenário internacional – EUA e União Europeia – há muito tempo se observa a batalha por novos mercados de atuação, tendo,

---

<sup>8</sup> Como mencionado, acredita-se que a democratização da informação é uma importante peça na engrenagem do objeto proposto neste estudo.

<sup>9</sup> Poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida.



dessa forma, uma regulação setorial relativamente estável e já com o mínimo de determinação norteadora das políticas públicas normativas propiciadoras de seu desenvolvimento.

A invasão desses investidores estrangeiros no Estado nacional aconteceu, principalmente, com a quebra do monopólio estatal de prestação do serviço público de telefonia, ocorrida com a EC 08/95.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Para demonstrar pragmaticamente toda a evolução mencionada, em especial nos serviços de telecomunicações, segue um breve relato histórico dos marcos legislativos deste serviço, no ambiente nacional: em meados da década de 60, com a vigência da Constituição Federal de 1946, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante correspondente outorga. Em um universo de aproximadamente 1.200 empresas do ramo no País (a maioria de médio e pequeno porte), não se falava em coordenação nem em diretrizes comuns de progresso e integração dos sistemas, ocasionando grande obstáculo ao desenvolvimento e bom desempenho do setor. Anote-se que as ligações da época detinham baixa qualidade técnica – interligavam poucas cidades – e raras eram as chamadas internacionais. Ainda, ocorria uma centralização geográfica da execução desses serviços telefônicos, pois cerca de 60% de sua prestação concentrava-se no centro-leste do País e eram explorados pela CTB – Companhia Telefônica Brasileira, de capital canadense. Diante dessa realidade, a partir da edição da Lei 4.117, de 27.08.1962, o governo criou o Código Brasileiro de Telecomunicações. Esta lei foi o primeiro grande marco na história das telecomunicações no Brasil e, entre outros, versavam sobre os seguintes aspectos: criação do Sistema Nacional de Telecomunicações, com vistas a uma prestação integrada; a transferência da competência sobre os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual para a União; a instituição de um Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) e sua respectiva secretaria executiva, o Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel). Em 1962, o governo federal decretou intervenção na CTB e em 1966 foi concretizada a compra das suas ações pela Embratel. Nesse cenário, em 1963, o Contel aprovou diretrizes para estabelecimento das tarifas dos serviços de telecomunicações que não vieram a ser aplicadas, ocasionando – já em 1966 – a regulamentação da participação financeira dos pretendentes à aquisição de linhas telefônicas, fato que gerou grande expansão dos serviços de telefonia do Brasil. A questão de outorga de concessão do serviço telefônico somente foi definida com o Dec.-lei 162 de 13.02.1967, quando a União consolidou este poder para si, conforme consolidação ocorrida na respectiva Constituição. Assim, o Ministério das Telecomunicações, criado pelo Dec.-lei 200, de 25.02.1967, assumiu as competências do Contel e melhorou significativamente os serviços interurbanos e internacionais, fato não verificado nos serviços locais. Posteriormente, em 1971, o governo cogitou criar uma entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, obter os recursos financeiros necessários à implantação de sistemas e serviços de telecomunicações e controlar a aplicação de tais recursos mediante participação acionária nas empresas encarregadas da operação desses sistemas. Desta maneira, surgiu a Telebrás, efetivada mediante a Lei 5.792, de 11.07.1972, que transformou a Embratel (constituída em 1965) em sociedade de economia mista, subsidiária da Telebrás e vinculada ao Ministério das Telecomunicações. A Telebrás passou a adquirir e absorver as empresas que prestavam serviços telefônicos no Brasil, sendo, a partir do Dec. 74.379 de 1974, considerada “concessionária geral” para exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional. O Sistema Telebrás detinha cerca de 90% da planta de telecomunicações do País. O seu controle acionário inicialmente era da União, com pouco mais de 50% de suas ações ordinárias, sendo que, da totalidade do capital, apenas 22% eram da União. A maior parte das ações era de particulares, com 25% de estrangeiros e o restante nas mãos de 5,8 milhões de acionistas. Nesse período, a grande maioria dos terminais telefônicos localizava-se nas áreas urbanas, resultado da incapacidade de

Após a abertura à iniciativa privada do mercado de comunicação, via transmissão de sons e dados de pontos determinados, o País se deparou com uma inédita avalanche de desenvolvimento, como, por exemplo: (a) das relações interpessoais; (b) das relações negociais; (c) do acesso a informações; (d) da otimização de troca de dados; (e) do fenômeno de sinergia cultural entre povos.

Esse exemplo ilustrativo demonstra o quanto é presente e relevante a busca pela compreensão do significado e do fito do controle do serviço público prestado preponderantemente<sup>11</sup> por empresas privadas. De igual maneira, como essas atividades públicas – coberta por todos os valores, sujeições e prerrogativas do regime público – devem estar também, agora, sob a batuta dos empresários privados, possuídos pela notória índole capitalista de subsistência, mediante o lucro e demais apegos corporativos, econômicos e técnico-desenvolvimentistas.

De todo modo, é de se observar como todos esses envolvidos nos novos tempos de informação democratizada devem estar, necessariamente, comprometidos com os deveres constitucionais de acolhimento e de inclusão concreta das pessoas com deficiência não só nos seus planos de crescimento setorial, mas, também, tendo tais pessoas com deficiência como destinatários proporcionalmente preferenciais de suas tarefas primordiais.

Assim, imprescindíveis o estudo e a análise do aperfeiçoamento da gestão estatal das atividades reguladoras desses

---

manutenção no controle de investimentos ao longo do tempo. Com o advento da Constituição de 1988, apenas a União – diretamente ou por concessões a empresas sob controle acionário estatal – detinha a competência para a prestação do serviço público em destaque. Em 1994, o programa de governo “Mãos à obra, Brasil”, de Fernando Henrique Cardoso, evidenciou a preocupação do Poder Público Central em inserir o Brasil no grupo das nações que primam por uma integração da sociedade pelos meios de comunicação. Assim posto, surgiu a EC 8, de 15.08.1995, que alterou o inc. XI e a alínea a do inc. XII do art. 21 da CF, quando se abriu o mercado de serviço público de telecomunicações à iniciativa privada. Finalmente, para concluir este resumo dos marcos legislativos históricos do serviço telefônico nacional, em 16.07.1997, surgiu a Lei Geral das Telecomunicações – Lei 9.472/97, que dispôs sobre os serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC 8/95.

<sup>11</sup> Isso porque há ainda sociedades de economia mista ou empresas que prestam, também, serviços não mais monopolizados. Cita-se o exemplo da Copel, no Estado do Paraná, na distribuição de energia.

novos anseios da sociedade nacional, com o desiderato de viabilização de um efetivo controle da atuação estatal em prol das pessoas com deficiência, tendo como norte o dever de guarda e de atendimento do seu criador e propulsor: a pessoa.

Vale lembrar que a realidade em que hoje se vive, de informação rápida e dividida entre os mais altos graus hierárquicos institucionais e o mais comum do povo<sup>12</sup>, traz ao Direito a necessidade de revisão da ideia de democracia e de controle estatal – com destaque ao de verificação do atendimento do seu dever constitucionais de tutela especial das pessoas com deficiência. Consequentemente, esse contexto induz à reconsideração do entendimento sobre a proposta de um Estado minimamente ordenado e promotor de um responsável desenvolvimento<sup>13</sup> de sua estrutura.

Efetivamente, para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção de compartilhamento social de informação em prol da pessoa protegida pelo EPD, que tem como partícipe primordial – quer na efetiva divulgação dos direitos, quer na fiscalização o quanto informado – o poder público. Esse é o caminho que as pessoas possuem para a construção *do seu discernimento relativamente livre*.<sup>14</sup> Desta maneira, exercitam a capacidade de escolha que possuem de acordo com sua racionalidade (logicamente, influenciada pelas externalidades do ambiente social em que vivem<sup>15</sup>).

Nessa linha, o cidadão, conforme suas convicções, preferências e interesses, aproxima sua liberdade de autogerência

---

<sup>12</sup> Tendo em vista o atual papel da internet, telejornalismo, radiodifusão, imprensa escrita e outras formas de propagação da informação.

<sup>13</sup>Adilson A. Dallari leciona: “No século XX, a terceira revolução O desenvolvimento social que a informação trouxe é inegável, a partir do século XX, com advento de máquinas viabilizadoras de sua disseminação. Não se esquece dos pontos negativos, mas estes ainda não superam os positivos”.

<sup>14</sup>Toda forma de esclarecimento que compõe o discernimento de uma pessoa, uma vez inserida em uma determinada sociedade, é condicionada ou decorrente de inúmeros fatores externos (interesses intersubjetivos, consumo, política, ideologias de determinados grupos etc.), logo, não há como falar de uma capacidade de discernimento totalmente livre.

<sup>15</sup>Conforme explicação da nota anterior.

da informação da ideia do *ser livre* e soberano de si. Contudo, não possui soberania esse *homem social* detentor de deveres e direitos perante si e os outros que compõem este ambiente social.

Necessariamente, o *homem social* divide suas experiências com seus semelhantes, pois a liberdade conquistada com o acúmulo e a capacidade de gerenciamento das informações interpessoais o torna mais próximo da sua autonomia como um ativo elemento social.<sup>16</sup> Essa liberdade limitada (autônoma, logo, decorrente – não originária) é concedida pelo Estado – ente criado pelo mesmo homem para gerir as inúmeras liberdades intersubjetivas que se entrelaçam em uma determinada sociedade.

É dever irrenunciável do Estado viabilizar o exercício de cada *liberdade autônoma* da melhor forma e para o maior número de pessoas possível, mesmo que seja necessário limitá-la de forma mais contundente sob um determinado aspecto (ou pessoas), ou sob outro, em prol do exercício e da realização do constitucional Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, parte-se da ideia de que o efetivo *esclarecimento*, para um *livre*<sup>17</sup> discernimento, é pressuposto democrático e, conseqüentemente, do controle do deveres do Estado (inclusive o de proteger as pessoas com deficiência), em razão de seu papel para a racional atuação do *homem social, como cidadão*.

---

<sup>16</sup>Relata Carlos Alberto Molinaro que “o aforismo latino *ubi societas, ibi ius* bem revela o lugar do direito. É no espaço social que o direito tem lugar, como fenômeno jurídico que é, só existe na tessitura do social, tramado na história que se desenvolve neste campo, comprometido com o tempo social. O direito está ali, onde se faz a *divisão do trabalho* (em ambiência natural ou cultural) que é um fator fundamental da organização da sociedade; portanto, quanto mais complexa e diferenciada a *divisão do trabalho*, mais elevado o índice de progresso e civilização da sociedade dentro do primado da solidariedade orgânica, e mais bem-elaborado é o direito. E é nesse *cronotopos* social que o direito se revela, equilibrado, também como *permissão*, como atribuição de poder, *potencia moralis*, dizia Leibniz, que permite ao sujeito o uso de suas faculdades. Essa permissão, ou no plural, permissões, nos são atribuídas por meio *das* normas jurídicas, e não *pelas* normas jurídicas, e têm eficácia no seu particular espaço de juridicidade” (Molinaro, Carlos Alberto. *Direito ambiental*: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43).

<sup>17</sup>Liberdade, logicamente, não absoluta, pois tal liberdade precisa – necessariamente – conviver com as demais compartilhadas em um mesmo grupo social.

Posta essa noção acerca da *informação*, a qual velozmente está a dominar a vida de todos no mundo,<sup>18</sup> como já indicado, a *informação privilegiada*, no sentido daquela de que poucos sabem (ou também, a retenção de tal informação), passou a obter um valor maior<sup>19</sup> e mais cobiçado, tendo em vista o fato de que o acesso a informações, como mencionado, foi geometricamente ampliado nos últimos anos.

Esse fenômeno se destaca principalmente na via das Funções Executiva e Legislativa do Estado, nas quais a atividade *política* se desenrola com legitimidade. E nesses ambientes a produção, o gerenciamento e a transmissão de *boas informações* (aquelas processadas e utilizadas no momento, na hora e no ambiente correto) ganharam peso econômico jamais visto.

Entretanto, existe um outro lado dessa moeda. Quando tais atividades estatais se desenrolam sem a esperada legitimidade pública, a batalha pela informação privilegiada abre espaço para *ilegalidade*, em regra, envolta na busca de vantagens pessoais divorciadas de adequação constitucional. Assim se cultiva a nefasta *corrupção no exercício da atividade pública*.

Ao adequar tais ideias à realidade vivida no Estado nacional, mais precisamente no cenário das privatizações de alguns serviços e atividades públicas, em que várias gigantes multinacionais disputam espaços e mercados<sup>20</sup> de consumidores de seus respectivos serviços, a *valoração da informação* para atingir vantagens econômicas diante

---

<sup>18</sup>Via internet, canais de TV a cabo, maior cobertura da vida política, aparelho celular, telefone via satélite. Inclusive, em *tempo real*, ao vivo, viabilizando uma maior transparência da informação e o cidadão interlocutor.

<sup>19</sup>Ressaltam-se, ainda, as informações privadas e particulares que hoje em dia – em razão do notável avanço tecnológico – são utilizadas como moeda forte em nosso cotidiano.

<sup>20</sup>François Ost assinala que “com o mercado, a desinstituição é explicitamente erigida como projeto político; a desregulação que o acompanha faz dele uma figura arquetípica do tempo do questionamento. O tempo do mercado é a ocasião propícia tomada pelo investidor, pechincha de que se aproveita o consumidor ou o produtor racional, a conjuntura favorável esperada pelo observador atento das transações. O mercado é a indeterminação do futuro valorizado por ela mesma, a abertura necessária para o jogo econômico, o espaço de desenvolvimento das estratégias lucrativas do *homo economicus*” (Ost, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. p. 375-376).

do novo palco regulador estabelecido no Brasil a partir da década de 90 passa a se tornar uma realidade incontestável.

Então, passa-se a observar a informação como um instrumento útil e efetivo para o esclarecimento, a divulgação e a mobilização de cidadãos e autoridades em prol do objetivo maior tratado no presente texto: maior e melhor inclusão das pessoas com deficiência no projeto constitucional de promoção do desenvolvimento intersubjetivo de todos os partícipes do Estado.

Nesse prisma de controle e de valorização de *informações privilegiadas* – em face das pluridifundidas informações *comuns* –, ainda, importa ressaltar a criação de novas entidades públicas especialmente destinadas para representar o Estado na referida atuação de *criação-gerenciamento-transmissão* de informações pertinentes a cada mercado criado pelas desmonopolizações de determinados serviços e atividades públicas. Tais entidades foram denominadas agências reguladoras.

Desse modo, com o fito de atingir esse desiderato, a respectiva legislação ordinária concedeu a tais *agências* poderes regulatórios específicos para atuar de forma a regular os determinados mercados que lhes foram destinados. Para tanto, de forma geral, incumbem-se-lhes deveres de: (a) *manusear as informações*, que agora assumem um valor tão relevante que leva o Estado a criar um maquinário específico para o seu controle e gerenciamento; (b) *cuidar dos anseios*, muitas vezes exagerados (assim, irregulares), das multinacionais pela busca da operacionalização privada e aproveitamento das informações recebidas pelo Estado; (c) *controlar os interesses* normalmente exaltados dos envolvidos nesse *jogo de informações preciosas* (Estado – empresa – cidadão); (d) *proteger o cidadão*, que se encontra em situação hipossuficiente perante dois outros partícipes desse jogo; (e) promover uma real e constante sofisticação de seus sistemas de governança, com destaque ao pleno acesso à informação; sem desconsiderar as demais prerrogativas e deveres de entidade pública que é.

Entretanto, ainda existe uma distância muito grande sobre o que o Estado deve fazer para a proteção das pessoas com deficiência e o que de fato faz para tal o alcance desse desiderato.

O Estado justifica tal ausência de resposta adequada à sociedade que é responsável, basicamente, em dois argumentos:

- (a) pouco tempo de instituição de tal realidade, fato que não permite oportunidade de repercussão ou resposta social capaz de guiar o Estado para uma real solução das novas questões geradas. Isto é, alega-se que ainda não possui ferramentas apropriadas para conceder soluções ao cidadão violado em seus direitos fundamentais pela prestação de serviços públicos privatizados, em razão da inexistência de tempo suficiente para estabelecê-los da forma esperada;
- (b) engessamento da atividade Executiva do Estado, em virtude de um Judiciário lento e não capaz de responder a questões técnicas, essenciais para um *agir eficiente* do Estado.

Fatores, ambos, que aumentam os *custos de transação do jogo de informações* entre os partícipes da nação, gerando, assim, um ônus desnecessário para o gerenciador de tais informações – o Estado.

Então, caberia simplesmente ao Estado buscar caminhos para eliminar – ou diminuir ao máximo possível – esses dois *entraves* de sua nova realidade, para, enfim, responder satisfatoriamente à sociedade, diminuir o seu ônus e aumentar o seu bônus.

Logo, nesta equivocada linha de raciocínio, apontam-se como corretas as soluções que “(a) criem novas maneiras de manejo das ferramentas estatais de controle da atividade regulatória, recentemente instituída; (b) afastem do Judiciário as questões regulatórias”.<sup>21</sup> Assim, supostamente, solucionadas estariam as novas questões que se apresentam à regulação econômica atual e seu impacto diante dos cidadãos nacionais, da mesma forma, estariam elucidadas as questões confrontadas pela Administração Pública.

---

<sup>21</sup>Ponto defendido por Sergio Guerra (*Controle dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

Contudo, não é esse o caminho.

O trilho a ser seguido, sugere-se, é de amadurecimento estatal e cívico. Faz-se necessário um apego maior às políticas de Estado e menos às políticas de Governo. É preciso que a cultura da solidariedade finalmente seja aplicada de forma preponderante frente à consulta do individualismo.

Finalmente, com a adequada instrumentalização da informação para o bem, é importante que os atores do Estado voltem seus olhos ao empenho de inclusão e interação de todos aqueles que estão sob sua responsabilidade, em especial, aos que mais demandam atenção proporcionalmente diferenciada.

Ser uma pessoa com deficiência não significa ser menos ou mais. É ser diferente. Ser diferente é a grande coluna de sustentação do Estado. Isso porque, é a partir das diferenças que o desenvolvimento ocorre. Sem diversos, apenas idênticos, não há interação hábil a promover crescimento.

Logo, se o poder público agir no sentido de zelar pelos socialmente vistos como “diferentes”, de modo proporcional e sustentável, finalmente a compreensão de que o futuro efetivamente será melhor, como prometido, poderá se tornar realidade. Atuar pela boa informação e cuidar de difundir os direitos e deveres de todos em prol das pessoas com deficiência, será decisivo para que as proteções projetadas pela Convenção de Nova Iorque e pelo conjunto normativo interno se tornem realidade.

Como facilmente se lê da Convenção e do EPD, muitos são os dispositivos determinantes desse dimensionamento de informações, o que se deve fomentar e desenvolver.

### **A participação do intérprete e do judiciário na concretização do EPD: breves prospectivas**

A partir de tudo o que se viu, e como prelúdio de conclusão, é possível alcançar-se, agora, algum embrião de ideia para que seja possível atender-se, realisticamente, à demanda oriunda das



realidades de vida das pessoas com deficiência, eu, como visto, são plenamente capazes e jamais poderão deixar de ser.

Falar-se em retornar ao antigo art. 3º e 4º do Código Civil, com a prevalência das incapacidades é página virada, sem possibilidade de releitura. Qualquer edificação legislativa neste sentido será inconstitucional.

Não é necessária qualquer alteração legislativa apressada e mal pensada. Isso somente conduzirá a algo generalizante, em sentido diverso da realidade de cada pessoa com deficiência. Como se sabe, são muitas as patologias (*lato sensu*) que conduzem a uma compreensão de deficiência. Eventual inovação legislativa não as alcançará. Repita-se, qualquer ação com pretensão generalizante e pouco refletida poderá conduzir a algo inadequado.

A transição que deve entrar em curso é de mentalidade, de consciência, de postura, reconhecendo-se que o Direito deve estar a "serviço da vida", como já se mencionou.

A alteração necessária, portanto, é de atitude, na coragem de promover-se a ruptura com a absoluta necessidade de uma subsunção legal, envidando-se esforços de decisão pela hermenêutica constitucional protetiva da pessoa com deficiência.

Cabe ao intérprete conscientizar-se da necessidade de reconhecer na primazia da pessoa e na realidade concreta que nela se faz sentir, os efeitos verdadeiros e as consequências das realidades que vivencia, na condição de deficiente.

A Academia tem construído fundamentos e condições para a consideração plena da pessoa com deficiência, mas devem também, a Advocacia e o Judiciário, agirem como verdadeiros intérpretes da Convenção, da Constituição e do EPD.

Esses são os principais atores a quem é conferida a "mutabilidade real" de um sistema centenário e discriminador como o da incapacidade das pessoas. Faz-se mister, sim, trabalhar pelo reconhecimento e prestígio da capacidade, com coerência para atuar e decidir sobre peculiaridades de proteção das pessoas com

deficiência, para além de simplesmente “carimbar” proteção somente pelo fundamento da incapacidade.

Ao advogado caberá o cuidado na compreensão inicial do caso concreto, da existência real de deficiência e dos prejuízos eventuais que tenham resultado a esta pessoa e a terceiros. Percebida a realidade, busca-se a proteção da multireferenciada legislação internacional e nacional, aplicando-a na proteção do deficiente e da sociedade.

O juiz, tendo em mãos aprofundadas teses das partes, mais facilmente conduzirá a decisão do caso concreto à mesma sintonia, qual seja, utilizar-se prioritariamente da axiologia constitucional e, aprofundando-se na concretude da situação deduzida em juízo, eleger a melhor decisão, em modulação diversa da tradicional lição estrutural e rigidamente conceitual que parte da premissa de incapacidade.

Um dos básicos fundamentos disso está na promoção da liberdade coexistencial, ou seja, a necessidade de integração existencial entre as pessoas na sociedade, mas que não necessariamente vá proteger o grupo, podendo, na perspectiva do caso concreto, preferir o individual ao coletivo.

A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos predeterminados e abstratos, como a da incapacidade. É essa liberdade plural que se quer colocar como função do direito civil, na esfera das potencialidades das pessoas com deficiência e daquelas sem deficiência, para cumprir-se a axiologia constitucional.

Não é demais repetir que o paradigma da incapacidade faz com que o jurista de formação clássica tenha dificuldade de pensar o Direito fora da "segurança" que o silogismo legalista proporciona. Mas se faz imperioso o transitar dos modos de operação do Direito, sob pena de o intérprete não acompanhar as condições de seu tempo.

A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística.<sup>22</sup> A centenária figura da incapacidade, aos poucos, vai ficando para trás. Não é de se assustar se em breve até mesmo os menores de 18 anos sejam considerados plenamente capazes. Há interessantes pesquisas em andamento sobre o tema.

Como a construção do Direito se dá gradativa e dialeticamente, necessário que se busque uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais. Na consideração das pessoas com deficiência, sua proteção não pode ser tão somente adstrita a formalidade de um artigo que proteja a incapacidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade, que estão igualmente expressos no conjunto legislativo ora em estudo.

Na análise do caso concreto, caberá ao julgador decidir em favor da pessoa com deficiência, inclusive aplicando-lhe as proteções concedidas aos incapazes, mesmo que eles não mais sejam, exatamente pelo fundamento de que a semântica da palavra capacidade não surgiu para prejudicar, mas para melhorar a proteção.

---

<sup>22</sup> É a lição de Luiz Edson Fachin: Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos historico-ideologicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita a formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade. Remarque-se: como a hermenêutica está para além do puro e simples interpretar, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em uni sistema dialeticamente aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e a contraprova da realidade. [...] Tendo por pressuposto essas compreensões, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não e somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele esta inserto." (FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.47).

Não é nada razoável defender que não se pode estender à pessoa com deficiência as proteções antes conferidas aos incapazes, pelo simples fato de hoje serem capazes. A Convenção e o EPD permitem uma interpretação protetiva da aplicação, a partir da aplicação do art. 9º, que trata do atendimento prioritário. Pode-se construir, até mesmo, que essa perspectiva de prioridade não é apenas formal, ou seja, para acessar os serviços descritos nos incisos do art. 9º antecipadamente, mas, também, ser considerado em seu melhor interesse.

Até porque, é necessário permitir proteções especiais para que a pessoa com deficiência possa ser considerada como igual perante a lei, ou seja, com a proteção, tornam-se iguais às pessoas sem deficiência.

A tarefa do julgador (do intérprete), repita-se, não é fácil, mas é a realidade que prevalecerá no trânsito em curso do direito novecentista para o contemporâneo.

Na lição de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2012, p. 39), o magistrado deve se afastar de premissas mecânicas e abstratas, para se ater à realidade da vida, identificando a norma do caso concreto a partir da realidade sobre a qual incide, extraíndo as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.<sup>23</sup>

A força normativa dos fatos, indicativa da realidade da pessoa em sua dimensão concreta, é que deverá nortear a decisão jurídica (e judicial), para além da letra específica da lei, neste caso. Em outras palavras, é possível proteger a pessoa com deficiência com os mesmos direitos (como por exemplo o art. 198, I, CC) pois a palavra capaz ou incapaz por si, nada significa mais para essas pessoas, mas, tão somente, a proteção que merecem por sua condição pessoal de deficientes.

---

<sup>23</sup> A lição do professor: “Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.”

Fica, a partir dos fundamentos considerados no todo do presente escrito, sem qualquer justificativa e, portanto, absolutamente refutado, o secular argumento da "segurança jurídica" somente para os incapazes e que as pessoas com deficiência capazes estão desprotegidas.

No contexto ora desenvolvido, fácil distinguir a análise do caso concreto do que poderia se denominar por "casuísmo", uma vez que este se dá quando o julgador concede aos fatos a sua visão própria de mundo, independentemente de fundamento constitucional sustentável. A prospectiva, aqui, é a de que os casos, por meio da função como liberdade(s), mereçam cuidadosa atenção, em decisões dotadas de coerente e exauriente justificação (fundamentação) constitucional, a partir de afazeres doutrinários sofisticados e de aprimorada jurisprudência.

A fundamentação há que ser condizente, pois deve exteriorizar de modo racional e transparente as razões da interpretação favorável ao deficiente. A disposição constitucional, de natureza principiológica ou não, assim como a análise dos fatos e da lei, deve estar em absoluta vinculação com a realidade concreta.

Portanto, não se trata de casuísmo considerar cada caso concreto de cada pessoa com deficiência e aplicar-lhe as vantagens perceptíveis aos incapazes, uma vez que a situação poderá (e deverá) ser replicada em futuros casos idênticos, na perspectiva de precedente, atendendo a requisito exposto por Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, 2010, p.175), sob a rubrica de princípio da Universalizabilidade.

Essa, portanto, a proposta de uma hermenêutica fundamentada na dignidade da pessoa com deficiência, para muito além do historicismo discriminador, do legalismo e da abstração.

## **Considerações finais**

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque) e a Lei

Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) inauguraram no ordenamento jurídico brasileiro a condição de plena capacidade das pessoas com deficiência, para além da incapacidade absoluta e relativa descritas pelo Código Civil de 2002.

O Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 pretende promover alterações nos mencionados avanços que permitem a autonomia das pessoas com deficiência, por meio da repriminção do exato teor do art. 3º do Código Civil, trazendo novamente à voga, sob suposto intuito protetivo, a incapacidade dessas pessoas. Além deste dispositivo, muitos outros que prejudicam a perspectiva de igualdade poderão ser afetados.

Essa medida não é compatível com a nova teoria das incapacidades formulada pela legislação internacional, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual é mais coerente manter-se a capacidade plena das pessoas com deficiência, promovendo-se ajustes outros na Lei Brasileira de Inclusão (EPD), compatibilizando-a com as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil de maneira a promover verdadeira autonomia e proteção.

A participação do poder público no fomento da informação, tanto no contexto de informar a pessoa com deficiência, como de informar toda a sociedade sobre o EPD, é salutar para prospectivar a eficácia e efetivação da proteção das pessoas nestas condições.

A partir dessa dimensão de informação distribuída, haverá uma facilitação da atuação do próprio poder público em proteger os interesses relevantes das pessoas com deficiência, através de executivo, legislativo e judiciário.

No campo da atuação judicial, a hermenêutica a prevalecer, tanto no aspecto constitucional, quanto na interpretação da norma infraconstitucional, é a do alargamento do âmbito de proteção dos incapazes, de modo a alcançar também as pessoas com deficiência, sem a necessidade de, para isso, retornar estas pessoas à condição de incapacidade.

Da mesma maneira, a interdição, ressuscitada pelo Código de Processo Civil de 2015, deve ser excluída do sistema, convolvendo-se, como pretendeu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em ação de curatela.

Por fim, todo este escrito tem por finalidade desafiar a reflexão acerca da necessidade de um amadurecimento sobre a compreensão do EPD, por ser um garantidor dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, que necessitam de um tratamento mais humano, solidário, com fomento de sua condição de iguais em relação aos demais, concedendo-se autonomia a estas pessoas, como pretendeu a Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Brasil e que tem status de Constituição Federal.

## Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. **A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito.** In: R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017. p. 227-255.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** São Paulo/Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 165.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem.** Direito, Estado e Sociedade, n.37, jul./dez. 2010 .p.175

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1. p. 43

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** CONJUR, 16 de agosto de 2015, localizável em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p.81.

MOTA, Telmário. **Parecer do Relator do PLS 757/2015**, acessível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>

NEVARES, Ana Luiza Maia Nevares; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. [coords]. **O direito civil ente o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 39-56.

SILVA, Alexandre Barbosa da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades. In: EHRARDT JUNIOR, Marcos [coord]. **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. P. 241-256.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte I). CONJUR, 06 de agosto de 2015, localizável em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.39.





## **II - Direitos fundamentais, ciência, tecnologia e inovação**



## **A proteção do Estado às práticas de terror e a violação de direitos fundamentais na rede mundial de computadores**

*Alice Martins Costa Kessler da Silveira*<sup>1</sup>

*Ao longo de sua história, a humanidade experimentou importantes mudanças devido algumas descobertas que permitiram o seu desenvolvimento enquanto civilização. Por sua expressão e importância no que se refere a atual sociedade em rede, a evolução do fenômeno informático tem sido equiparada a acontecimentos como o desenvolvimento da escrita e máquina a vapor (...) se antes de toda essa conjuntura de acontecimentos os sistemas regionais de proteção já julgavam casos relativos à violação da privacidade, quem dirá agora que o progresso tecnológico e o direito à informação, em seu duplo aspecto – informar e ser informado – expõe o direito a intimidade e a fragilidades antes inexistentes. (POMPEO, 2016, p. 130).*

### **1. Da inevitável atenção da comunidade internacional após a tragédia de 11 de setembro e a globalização do terror**

As já conhecidas guerras<sup>2</sup>, no sentido em que *Gottrius* lhe concebia: *o estado de indivíduos que resolvem suas controvérsias*

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na PUCRS.

<sup>2</sup> Tanto quanto as guerras, os atos de terror estão presentes desde o início da civilização. Os primeiros relatos são das chamadas *guerras punitivas*, praticadas pelo Império Romano contra os povos dominados, *com a finalidade de (...) enfraquecer a resistência das tropas inimigas* (CAAR apud MAZETTO, 2002), sendo o fato mais surpreendente, desde aquela época, que o *agente mais letal nas ações de terror foi o próprio Poder Estabelecido, ora contra nações inimigas, ora contra o seu próprio povo como forma de repressão*. Desta forma, vê-se que o chamado “terrorismo de Estado” tem raízes

*pela força* (GROTIUS apud POMPÉO, 2016, p. 28), instaurada por uma declaração formal que iniciava um confronto armado no qual aquele que saísse vitorioso imporia sua soberania sobre outro (POMPÉO, 2006, p. 32), perderam consideravelmente seu espaço diante da realidade atual.

Hoje, este formalismo não mais se perfaz, contraditoriamente ao estabelecido pela Convenção de Haia de 1907<sup>3</sup>, para guerrear não necessariamente se deverá apresentar um rival pré-definido, já que *os alvos são selecionados sem um direcionamento ou exclusão prévia. Qualquer segmento social ou instituição do inimigo se tona um alvo em potencial* e sem qualquer declaração de “guerra” (MAZZETO, 2002).

O marco inicial para esta nova estrutura de conflito foi o pronunciamento do então presidente americano, George W. Bush, à época do ocorrido com as Torres Gêmeas na cidade de Nova Iorque, quando este declarou *guerra ao terror* (POMPÉO, 2016, p. 20), prometendo que o país iria *caçar e punir os responsáveis pelos atos covardes*<sup>4</sup>. A partir daquele momento, implicitamente estabeleceu-se que não mais haveria, necessariamente, um destinatário específico às políticas invasivas, pois estas se dedicariam a todos que (potencialmente) lhes causassem ameaça, os quais passariam a ser chamados de *terroristas*.

De fatos apartados, vivemos, hoje, a globalização do terror em uma *cultura de insegurança*, onde *a sensação de medo coletivo jamais atingiu a dimensão social, comunicacional e política em que se está atualmente imerso* (POMPÉO apud ROSSELO, 2008). E, apesar da guerra ser fenômeno tão antigo quanto a própria

---

*históricas e está presente até os dias atuais, embora nenhum poder estabelecido reconheça oficialmente a utilização desses métodos como recurso estratégico* (MAZZETTO, 2002).

<sup>3</sup> Donde se prevê não ser possível aos Estados *iniciar uma guerra sem antes adotar um prévio e explícito aviso* (POMPÉO, 2016, p.32).

<sup>4</sup> Notícia Folha de São Paulo. 02/09/2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/967481-presidente-bush-lancou-guerra-ao-terror-apos-ataques-de-1109.shtml>. Acesso em 25 de janeiro de 2016.

humanidade (CRETELLA NETO, 2008, p. 647), a partir do século XIX e seguintes, com a presença de arsenais nucleares e gigantesco potencial de destruição em massa, esta se transformou no centro de preocupação de toda comunidade jurídica internacional (POMPÉO, 2016, p. 32), que passou a regulamentá-las com objetivo de minimizar seus resultados<sup>5</sup> ao perceber que *os incidentes militares produziam muito mais inconvenientes e prejuízos do que benefícios* (POMPÉO, 2016, p.31). A grande desproporção econômica, política, cultural entre os povos, entretanto, fez com que quaisquer tentativas a impedíssem tornassem infrutíferas (BOBBIO, 2009, p. 52).

Em torno deste contexto, inúmeras foram as ações da comunidade internacional para atentar a *necessidade de melhor compreender o terror e suas múltiplas facetas* (POMPÉO, 2016, p.36), de modo que, na década de sessenta, surge a primeira convenção internacional sobre o terrorismo<sup>6</sup>. Apesar da atenção dada a pauta, não foram grandes os resultados da Assembleia Geral das Nações Unidas nos anos que seguiram, pois a *ambiguidade do conceito e a difícil distinção entre condenação do fenômeno do terrorismo e o recurso ao uso da força legitimado pelos movimentos de libertação nacional* dificultavam a abordagem do tema (POMPÉO, 2016, p. 37).

A necessidade de haver uma Convenção universal e geral, deu-se somente depois dos atentados terroristas levados a cabo pela Al-Qaeda em 1 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, quando o terrorismo passou a ter *preferência na pauta de*

---

<sup>5</sup> Ao citar BOBBIO, diz POMPÉO ter sido momento em que muitos teólogos, filósofos e juristas propuseram critérios para a fixação da teoria da guerra (poder ser considerada) justa, dentre os quais, por exemplo, Bartolomé de las Casas, Juan Gines de Sepúlveda, Francisco de Victoria, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, San Tomás de Aquino (...) a guerra só podia ser considerada justa caso se caracterizasse como defesa desprendida em face de ataque ou, alternativamente, para remediar uma grande “injustiça”, afinal de contas o Estado deveria, antes de tudo, procurar maneiras pacíficas para solucionar seus conflitos. (POMPÉO, 2016, p. 31)

<sup>6</sup> Conforme POMPÉO (2016, pp. 36-37), destinada exclusivamente ao segmento da aviação civil e que foi fortemente influenciada pelo atentado praticado em 1968, quando o Grupo de Libertação da Palestina (OLP) teve como alvo uma aeronave da companhia EL AL. Ocorrido em Atenas, esse foi o primeiro atentado terrorista executado fora do local de origem do grupo que o executou.

*preocupações da agenda mundial de modo que a sociedade internacional, alertada do perigo representado pelo terrorismo, se mobilizasse na busca do combate de tal ameaça, um dos grandes desafios a serem superados no século XXI* (POMPÊO, 2016, p. 37-38).

Desafio este que segue, pois, mesmo após quase uma década do violento atentado na cidade de Nova Iorque, a heterogeneidade da comunidade internacional faz com que *alguns Estados continuem optando por medidas unilaterais de represália e pela adoção de métodos de combate ao terror altamente violadores dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente*, pois, na falta de uma conceituação precisa do termo, apesar da Organização das Nações Unidas, *por diversas vezes, reconhecer a necessidade de uma definição do terrorismo internacional em uma convenção geral*, impossibilita-se *uma repressão mais eficaz a impedir a apropriação indevida do termo por alguns Estados*<sup>7</sup> (SOUKI, 2013). Neste sentido, é perfeita a análise de HOBBSAWN:

Existe, no entanto, um fator mais perigoso na geração da violência sem limites. É a convicção ideológica, que desde 1914 domina tanto os conflitos internos quanto os internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, e a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são válidos como necessários. Isso significa que tanto os Estados quanto os insurgentes sentem uma justificativa moral para o barbarismo (HOBBSAWN, 2007, p. 127).

Foi neste contexto de grande violência e visando a responsabilização dos agentes que, apesar das divergências, algumas foram as tentativas em definir o termo *terrorismo*. Assim, conforme CASSESE, entende-se serem esses os três elementos requisitos para o crime:

---

<sup>7</sup> Explica-se ao dizer que se apropriam indevidamente: pois, *não raramente aquele considerado como terrorista por alguns Estados é geralmente saudado como lutador da liberdade por outros e, por isso, a aplicação do termo sempre depende do ponto de vista adotado para analisá-lo e dos interesses, ideias e emoções de seu observador* (KREIBOHM apud SOUKI, 2013).

(i) os atos precisam constituir uma conduta criminosa na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais (por exemplo, agressão, assassinato, sequestro, tomada de reféns, extorsão, explosão, tortura, incêndio proposital, etc.); (ii) eles precisam ser direcionados a disseminar o terror (isto é, medo e intimidação) através de ação violenta ou de ameaça dirigida contra um Estado, a população ou determinados grupos de pessoas, (iii) eles devem ser política, religiosa ou de outra forma ideologicamente motivados, isto é, não motivados pela busca de fins pessoais. (CASSESE apud SOUKI, 2003, p. 124)

Outro conceito foi elaborado no III Simpósio Internacional, realizado em 1973 pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, no qual FRAGOSO traduziu o terrorismo como sendo:

[...] conduta coercitiva individual ou coletiva, com emprego de estratégias de terror violência, que contenham um elemento internacional ou sejam dirigidas contra alvos internacionalmente protegidos, com a finalidade de produzir um resultado que se oriente no sentido do poder.

A conduta contém elemento internacional quando: (a) o agente e a vítima são cidadãos de diferentes países; (b) a ação é realizada, no todo ou em parte, em mais de um Estado.

São alvos protegidos internacionalmente: (a) civis inocentes; (b) diplomatas acreditados e pessoal de organizações internacionais, atuando no exercício de suas funções; (c) aviação civil internacional; (d) correios e outros meios internacionais de comunicação; (e) membros de forças armadas não beligerantes.

O fim de agir, essencial a toda espécie de terrorismo, é aqui também destacado. Exige-se a superveniência de um resultado que se dirija a mudar ou a preservar as estruturas políticas, sociais ou econômicas, ou a política de um Estado ou território determinado, por meio de estratégias coercitivas. (FRAGOSO, 1981, p. 13).

No Brasil, com a então sancionada Lei Antiterrorismo (13.260/16), que regulamenta o disposto no art. 5º, XLII, conceitua o crime como sendo a *prática por um ou mais indivíduos dos atos*



*previstos neste artigo<sup>8</sup>, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.*

Seguindo as referências supracitadas, percebe-se a amplitude com que é tratado o conceito, o que supostamente dificulta estabelecer seus contornos e justifica as atitudes invasivas a título de combate ao terror em detrimento a preservação de quaisquer direitos fundamentais dos usuários, em especial, à privacidade e segurança pública. Portanto, para ser possível minimizar atitudes arbitrárias por parte dos Estados, seria necessário, em âmbito internacional, construir e ratificar uma Convenção que os vinculasse, estabelecendo, além do conceito de terrorismo, *uma base legal a perseguição interestatal dos terroristas a partir de uma ideia de um espaço legal, unitário e universal*, fazendo com que o Estatuto do Tribunal Internacional fosse ratificado por todos os países, inclusive pelos Estados Unidos (LIRA; BARRETO, 2016, p. 75-77).

Desta forma, serviria a norma internacional para estabelecer uma tipificação penal semelhante nos ordenamentos penais de cada Estado, o que *certamente contribuiria para evitar vaguezas semânticas que implicam a criação de um tipo penal de terrorismo com sobreposição de normas penais para uma mesma conduta, ou a criminalização de condutas abstratas e gerais, dentre outros problemas que flagrantemente se desarmonizam com Constituições*

---

<sup>8</sup> Os atos a que se refere são os previstos no § 1º, I, IV e V, quais sejam: (I) *usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;* (IV) *sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;* (V) *atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;*

e normas internacionais de direitos humanos <sup>9</sup> (LIRA; BARRETO, 2016, p. 75-77).

Além da necessária definição jurídica penal das condutas consideradas terrorismo<sup>10</sup>, segundo MELIÁ:

O ponto de partida para a criação de um Direito Penal antiterrorista é, além de conhecer a natureza e a estratégia próprias de todo terrorismo, saber que *o Direito Penal não pode prevenir eficazmente as condutas terroristas que reprime. Com a tipificação comum e prévia do terrorismo se evitariam ou limitariam as consequências que a atual política criminal, fundamentada em um Direito Penal do inimigo*, está tendo nas legislações penais nacionais dos diferentes Estados quando concede a legitimidade das medidas repressivas à decisão de incluir ou não determinadas pessoas ou grupos em lista de proscritos (MELIÁ, 2010, p. 77).

Ao passo em que não há mobilização da comunidade internacional para delimitar os conceitos acerca do terrorismo, inúmeras atitudes arbitrárias são tomadas pelos Estados, que, na ansiedade de se defender, adotam políticas preventivas que tendem a supervalorizar seu interesse em detrimento de um atento cuidado aos direitos fundamentais dos envolvidos. Neste contexto, a vigilância se estrutura no sistema como fonte de informação e

---

<sup>9</sup> Ao que vem de encontro ao dito por LIRA e BARRETO (2016): “A rotulagem de um “inimigo terrorista” está na contramão de um Direito Penal do cidadão, pois, até mesmo ao agente terrorista não se suprimem direitos, até porque, conforme CALLEGARI (2012, P. 48), sequer há um consenso mundial em identificar e individualizar o inimigo terrorista, uma vez que “(...) a ideia de terrorismo numa perspectiva internacional carece de definição” (p. 77).

<sup>10</sup> Refere-se a definição jurídico-penal, pois, sabe-se que “uma pessoa que acompanhe razoavelmente os noticiários pela mídia em geral sob a chamada de “atos de terrorismo” pode, facilmente, formar uma convicção subjetiva – até mesmo comum – do fenômeno terrorismo. Isso é próprio do caráter expansivo e popularizado do Direito Penal pós-moderno, como muito bem refere Cancio Meliá (2010, p. 18-19) ao sustentar que: “(...) se está produciendo – al menos –, por un lado, una expansión cuantitativa y cualitativa del ordenamento penal; por otro, un proceso de cambio de la relevancia de ordenamiento penal y su funcionamiento en la comunicación pública: lo que antes solo interesaba a juristas, ahora está en boca de todos. (LIRA; BARRETO, 2016, p.73)

proliferação e políticas repressivas<sup>11</sup>, *evidenciando o panoptismo como traço característico das sociedades contemporâneas*<sup>12</sup>.

## 2. Vigilância como estrutura da rede e justificativa ao estado de exceção

### 2.1. Do modelo panóptico na era da informação

Com a sociedade da informação, uma grande quantidade de dados, acerca dos mais diversos temas foram disponibilizados e estão a serviço de seus usuários podendo ser acessados por um simples *clique*. Esta nova estrutura possibilita que *independentemente da localização física, todas as pessoas, cada uma de per si, disponham das mesmas ferramentas, do mesmo acesso básico a dados gerais de pesquisa, podendo consultar informações a respeito do assunto armazenadas no mundo todo* (VIEIRA, 2007, p. 165).

A possibilidade de alcançar um vasto acesso a diversos conteúdos de forma simultânea, em primeiro plano, parece incrível e, quando menos, inovadora. A preocupação surge a partir do momento em que tais dados passam a servir aos interesses (nem sempre bons) dos que os utilizam. Diante dos ânimos que se fazem perceptíveis nas redes, sejam de particulares, em busca de dados alheios; de grandes corporações, que desejam traçar o perfil de seus

---

<sup>11</sup> Conforme NINO (2009, p. 22): (...) *a disseminação de certas ideologias, defendidas por interesse ou convicção, é uma das mais importantes fontes de desrespeito aos direitos humanos*”, e pode ser controlada por meio de propaganda ou por meio de discussão racional, esta última mais eficaz; porquanto, a propaganda pode ser mais eficaz em curto prazo, “... mas, como mostra a experiência, é consideravelmente mais frágil, já que condiciona a mente para um tipo de resposta que pode muito bem se adaptar ao estímulo oposto” (NINO apud LIRA; BARRETO, 2016, p.76).

<sup>12</sup> Conforme explica FOUCAULT: “O panoptismo evidencia-se como traço característico das sociedades contemporâneas, por permitir ao Estado a vigilância individual e contínua dos cidadãos. Segundo Jeremy Bentham, esse modelo de organização do poder baseado no controle mediante punição, correção e recompensa, isto é, fundamentado na formação e na transformação dos indivíduos sujeitos a certas normas, nada mais é do que uma sociedade panóptica, sociedade em que reina o panoptismo” (FOUCAULT apud VIEIRA, 2007, p. 171).

consumidores; de *empresas.com*<sup>13</sup>, as quais prestam serviços para o ente estatal, ou do próprio, que se alia aos demais ao justificar sua pesquisa à manutenção da segurança pública, o estudo deste artigo busca compreender o comportamento deste e do modelo que utiliza para ter conhecimento e vasto acesso ao conteúdo desejado.

Analizando o comportamento do Estado ao longo da história da humanidade<sup>14</sup> percebe-se que não poucas vezes utilizou-se de mecanismos que estavam a sua disposição para conquistar seus interesses. Neste sentido, são inúmeros os relatos de abuso do poder disciplinar em diversas áreas do comportamento humano, onde se capturavam informações para o uso irrestrito como fonte de fiscalização e controle dos indivíduos pelas elites que detinham o poder (VIEIRA, 2007, p. 167).

Verificada a eficiência dos mecanismos de sujeição dos indivíduos, passou-se a *investir cada vez mais em tecnologias de controle, centradas no comportamento humano, enfim, a vigilância tornou-se o principal operador econômico da sociedade* (VIEIRA, 2007, p. 169-170). Sob este propósito e expertise que Jeremy Bentham apresentou seu *modelo arquitetural panóptico* de controle para ser o *olho perfeito a que nada escapa e em direção para o qual todos os olhares convergem* e conforme detalha FOUCAULT:

---

<sup>13</sup> Explica VIEIRA (2007): [...] *as grandes vilãs se identificam como empresas.com, ou seja, as empresas que prestam serviços pela internet. Como as principais fontes de rendimento dessas companhias advêm de publicidade e de marketing, essas empresas monitoram seus clientes, compram e vendem informações de caráter pessoal, enfim, utilizam as mais diversas artimanhas para traçar o perfil de seus consumidores. Apenas a título exemplificativo, resgata-se o caso da empresa Geocities, grande e poderoso provedor que, como condição para disponibilizar páginas gratuitas na internet, exigia que seus usuários preenchessem formulários com dados pessoais, tais como endereço, salário, formação educacional, sexo, estado civil, profissão, áreas de interesse. A partir desses dados, criava o perfil de seus usuários e vendia tais dados para empresas de marketing. Notícia-se que nos EUA, 92% (noventa e dois por cento) dos websites coletam dados pessoais de seus usuários e os processam segundo interesses comerciais próprios*” (p. 175).

<sup>14</sup> Relata-se, já há muito, que “a disciplina – enquanto método de controle do comportamento dos indivíduos – surgiu no âmbito das organizações religiosas, sendo depois incorporada pelas instituições de ensino e pelas fábricas, para incremento da produtividade” (VIEIRA, 2007, 169).

A construção periférica é dividida em celas, cada uma ocupando toda a largura da construção. Estas celas têm duas janelas: uma abrindo-se para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, dando para o exterior, permite que a luz atravessasse a cela de um lado a outro. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancafiar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um estudante. Devido ao efeito de contraluz, pode-se perceber da torre, recontando-se na luminosidade, as pequenas silhuetas prisioneiras nas celas da periferia. Em suma, inverte-se o princípio da masmorra; a luz e o olhar de um vigia captam melhor que o escuro que, no fundo, protegia. (FOUCAULT, 1979, p. 210)

O modelo não se apresenta apenas *a permitir uma perfeita e detalhada vigilância de loucos, doentes, condenados, operários, militantes e estudantes* (VIEIRA, 2007, p. 171), a sua maior importância está no fato de ser “visível” e “inverificável”: *o indivíduo nunca deve saber se está sendo observado, mas deve ter certeza de que sempre poderá sê-lo* (FOUCAULT, 2014, p. 195). Garantindo, ainda, a possibilidade de conhecer os indivíduos que estão sujeitos e classifica-los *a fim de determinar se se conduzem ou não da maneira “correta”, se são ou se não são indivíduos “normais”, se cumprem ou não as ordens dadas*, partindo-se do pressuposto (equivocado) de que as pessoas se tornarão “normais” por saberem que estão sendo vigiadas (VIEIRA, 2007, p. 171).

A necessidade em haver um Grande Irmão (*Big Brother*) como retratado por George Orwell em sua obra 1984<sup>15</sup> através das telas presentes em todos os cantos da cidade, até mesmo nos privados, postas para vigiar ininterruptamente os indivíduos, de maneira onipresente, analogicamente, muito retrata a sociedade em

---

<sup>15</sup> Conforme GREENWALD (2014): “[...]as semelhanças entre o mundo sobre qual o autor alertou e o Estado de vigilância da NSA são inegáveis: ambos se apoiam na existência de um aparato tecnológico capaz de monitorar as ações e as palavras de cada cidadão. O paralelo é negado pelos defensores da vigilância – segundo eles, não estamos sendo vigiados o tempo todo -, mas seu pensamento passa ao largo da questão. No livro, os cidadãos não eram necessariamente monitorados o tempo inteiro; na verdade, não faziam ideia de que estavam sendo monitorados. Mas o Estado tinha capacidade para observa-los a qualquer momento. O que mantinha todos na linha eram a incerteza e a possibilidade de uma vigilância onipresente (p. 187)”.

que vivemos hoje. As características da vigilância descritas naquela se assemelham a atual, onde o indivíduo, muitas vezes, se reduz em uma peça a servir aos interesses do Estado através de um controle total, até mesmo de pensamento<sup>16</sup>.

É neste sentido que o princípio panóptico se apresenta como *traço característico das sociedades contemporâneas*<sup>17</sup>, por permitir ao Estado a vigilância individual e contínua dos cidadãos (VIEIRA, 2007, p. 172). O fator mais diabólico está no fato que não somente ele poderá usar desta força, pois ela não é concedida a alguém em especial, mas está com todos os usuários da rede, sendo característica da sociedade da informação, *o poder não é identificado com um indivíduo, ele é uma maquinaria de que ninguém é titular sendo, portanto, mais difícil limitá-lo* (FOUCAULT, 1979, pp. 215-219), e conforme VIEIRA:

Observa-se o notável incremento do poder disciplinar a partir do século XIX. A vigilância constante e detalhada passou a ser utilizada como mecanismo de poder, tanto pelo Estado como pelas

---

<sup>16</sup> Explica GREENWALD (2014) que “*Um dos principais argumentos usados para justificar a vigilância – que ela é para o bem da população – baseia-se na projeção de uma visão de mundo que divide os cidadãos em categorias de pessoas boas ou más. Segundo essa noção, as autoridades usam seus poderes de vigilância apenas contra as pessoas má, as que “estão fazendo algo errado”, e só elas tem algo a temer em relação a invasão de sua privacidade. Essa é uma tática antiga. Em matéria publicada na revista Times em 1969 sobre a preocupação crescente dos americanos com poderes de vigilância do governo, o procurador-geral de Nixon, John Mitchell, garantia aos leitores que “qualquer cidadão norte-americano que não esteja envolvido em alguma atividade ilegal não tem absolutamente nada a temer”. [...] Mas essa visão parte de um mal-entendido em relação aos objetivos que movem todas as instituições de autoridade. Aos olhos dessas instituições, “fazer algo errado” abarca muito mais que atos ilegais, comportamentos violentos e complôs terroristas. Tipicamente, o conceito se estende a qualquer dissidência significativa e qualquer contestação verdadeira. Equiparar a dissidência e estar fazendo algo errado, ou no mínimo uma ameaça, faz parte da natureza da autoridade”.* (p.194-195)

<sup>17</sup> Importante referência faz POMPÊO acerca destas: “*A visibilidade de hoje é, sem dúvida, uma armadilha. O culto ao social, ao amador, é apenas uma característica desse caminho sem volta à verdadeira vertigem digital, onde cabe a cada um escolher a forma de e como usar e disponibilizar dados na rede. A era da grande exibição exige atenção redobrada, de fato. Jeremy Bentham, conhecido por advogar em defesa do princípio da máxima felicidade, em decorrência do qual os seres humanos se definiriam pelo fato de querer maximizar o prazer e minimizar a dor, já alertava que diante de extravagância e permissibilidades nos deixaríamos seduzir. Ele estava certo, é verdade, mas mal sabia, entretanto, que ao idelizar outra teoria, a do “pan-optico”, um projeto de prisão modelo, (...) criaria uma metáfora a temporal e que, por isso, até hoje bastante usada para representar a atual sociedade em rede”.* (POMPÊO, 2016, p. 96).

instituições de carácter privado, estruturando-se como uma rede de controle que permeia todo o campo social. Diante da complexidade dessa estrutura, as pessoas ficaram expostas a uma visibilidade universal e constante – característica das sociedades panópticas. Além de permanentemente observados, os indivíduos são ainda classificados, registrando-se nos mínimos detalhes suas características e condutas. A grande pretensão consiste em se prever se os indivíduos inseridos em tal sociedade adotarão comportamentos considerados “normais” e “adequados” à superestrutura pelo fato de saberem que se encontram sujeitos a uma visibilidade absoluta. (VIEIRA, 2007, p. 173)

Diante da atual sociedade da informação, o poder exercido pelo Estado, já desde os tempos antigos como modo de coerção e sujeição, está na informação coletada através das redes. Sendo *dois os principais mecanismos utilizados: formação de arquivos com informações pessoais e vigilância do comportamento das pessoas* (VIEIRA, 2007, p. 174). Neste aspecto faz-se bem-vinda o que pontua GREENWALD ao dizer ser desejo de todos poder disfrutar da privacidade nas redes:

A questão não é a hipocrisia daqueles que minimizam o valor da privacidade alheia ao mesmo tempo que se esmeram para proteger a própria, embora isso seja revelador. O fato é que o desejo de privacidade é compartilhado por todos nós como parte essencial, e não secundária, do que significa ser humano. Nós todos compreendemos de forma instintiva que a esfera privada é aonde podemos agir, pensar, falar, escrever, experimentar e decidir como ser longe do olhar avaliador dos outros. A privacidade é uma das condições essenciais para ser livre (GREENWALD, 2014, p. 185).

Todavia, a (exaustiva) coleta de informações pessoais pela rede rotineiramente surpreende, de modo a incorporar-nos a vigilância panóptica. Um exemplo disto está no fato de que, possivelmente, ao cruzar-se com um antigo amigo, seja em local público ou privado, a rede social na qual está conectado logo lhes aproximarão, sugerindo o perfil daquele para contato. De uma

maneira oculta e singela, nada foge a percepção da rede<sup>18</sup>, pois, a informação se movimenta a partir dos dados que fornecemos e dos que nos são agregados, de modo a traçar um perfil de seu usuário, encontrar sua localização via satélite e suas possíveis relações.

Desta e em diversas formas se materializam a vigilância e o atual poder disciplinar, facilitados a partir da tecnologia como mecanismos de controle dos indivíduos. A atividade de formação de arquivos pessoais, todavia, não mais é privilégio exercido apenas pelo Estado ou pela Igreja, como nos tempos remotos, mas, também, pelas empresas privadas, traduzido no recente exemplo: *quando coletam informações de caráter pessoal de forma desautorizada e depois cruzam essas mesmas informações com dados provenientes de prestadoras de serviço telefônico, provedores de acesso à internet, administradoras de cartão de crédito, bancos, enfim, toda e qualquer organização que possa contribuir para o processo de delineamento do perfil das pessoas*<sup>19</sup> (VIEIRA, 2007, p. 175). Sobre o sistema de vigilância construído pelas empresas privadas muito bem analisou CASTELLS:

A grande ironia histórica é que uma das instituições capitais na defesa da liberdade, a livre empresa, é o ingrediente essencial na construção desse sistema de vigilância – apesar da boa vontade geral e da ideologia libertária da maior parte das companhias da Internet. Sem ajuda delas, os governos não teriam o know-how e, mais fundamentalmente, a possibilidade de intervir na Internet: tudo depende da capacidade de agir sobre provedores de serviços

---

<sup>18</sup> Isto porque, conforme explica VIEIRA: “Qualquer acesso à rede deixa gravados registros do usuário, ainda que de forma indireta: o seu espectro de relações, as suas opiniões e gostos, os hábitos de consumo, o nível social, entre outros. O problema reside no fato de a coleta de dados ser feita tanto de forma transparente para finalidades explícitas e autorizadas pelo titular, como também de forma velada e contra os interesses da pessoa em questão” (VIEIRA, 2007, p. 176).

<sup>19</sup> “Por inúmeros motivos deixa-se os dados pessoais nas redes, seja por eventuais serviços personalizados, como brindes, direito de participar de sorteios, acesso gratuito à web, produtos e financiamentos online, mas também de forma indireta, o seu espectro de relações, as suas opiniões e gostos, os hábitos de consumo, o nível social, entre outros. O problema reside no fato desta coleta de dados ser feita tanto de modo explícito, para finalidade já autorizada pelo titular, como também de forma velada, podendo serem usados até mesmo contra os interesses do usuário” (VIEIRA, 2007, p. 175)



da Internet e redes específicas por toda parte. [...] Por que empresas de tecnologia da informação colaboram com tanto entusiasmo na reconstrução do velho mundo do controle e da repressão? Há duas razões principais, afora atitudes oportunistas ocasionais. A primeira que diz respeito, sobretudo às firmas ponto.com, é que elas precisam quebrar a privacidade de seus clientes para poder vender. A segunda é que elas precisam de apoio do governo para preservar seus direitos de propriedade na economia baseada na Internet (CASTELLS, 2013, p.149).

O domínio das empresas privadas sobre as redes<sup>20</sup> caracteriza muito mais do que uma era em que se impera a tecnologia e prestações de serviços<sup>21</sup>, pois a necessidade de buscar diversas informações por parte de seus usuários torna a internet o maior centro de vigilância em prol de interesses maiores, como dos Estados, os quais estão na contramão aos direitos fundamentais do indivíduo usuário da rede mundial de computadores. Este é o caso dos Estados Unidos, conforme analisa GREENWALD:

[...]um sistema de espionagem onipresente permite aos Estados Unidos manter seu controle sobre o mundo. Quando o país consegue saber tudo que todos estão fazendo, dizendo, pensando e planejando – seus próprios cidadãos, populações estrangeiras, corporações internacionais, líderes de outros governos -, seu poder sobre eles é maximizado. Isso é duplamente verdadeiro quando o

---

<sup>20</sup> Se deve referir a domínio porque “o Google e demais provedores de rede são muito mais do que empresas interessantes e bem-sucedidas, tratando-se de algumas das mais importantes instituições globais da atual sociedade em rede em que se está inserido e para qual somos produtos e não clientes. Não raro, “mecanismos de busca como o Google sabem mais sobre nossos hábitos, interesses e desejos do que nossos amigos, nossos entes queridos e nosso psiquiatra junto” (KEEN, 2009, p.25), afinal, “se eles e nós próprios não sabemos as buscas que fizemos há dois anos, o Google sabe” (POMPÉO, 2016, p.90).

<sup>21</sup> Segundo salienta VIEIRA (2007, p.162): [...] Outra característica marcante da sociedade da informação se ostenta no intensivo uso de aparatos tecnológicos pelo setor privado. As corporações utilizam a rede como principal meio de comunicação e processamento de informações, transformando a prática empresarial. Além disso, surgem as chamadas empresas ponto com (empresas.com) – entidades privadas responsáveis pela infra-estrutura da internet; pelo fornecimento dos canais de comunicação; pela fabricação dos equipamentos e programas de computador; por consultorias em tecnologia da informação; pela prestação de serviços de montagem de sítios e portais; pelo comércio eletrônico; e pela publicidade na web.

governo opera em níveis de sigilo cada vez mais altos. O sigilo cria um espelho para apenas uma direção: o governo dos Estados Unidos vê tudo o que o resto do mundo faz, inclusive sua própria população, mas ninguém sabe de suas ações. É o cúmulo do desequilíbrio, que dá lugar a mais perigosa de todas as condições humanas: o exercício de um poder ilimitado sem transparência nem prestação de contas (GREENWALD, 2014, p. 181).

E é justamente a partir desse aspecto que se apresenta a maior ambiguidade, pois a dependência dos Estados às empresas privadas para a implementação dos mecanismos de controle *de um lado representa a fragilidade do Estado no exercício do poder disciplinar; de outro, demonstra sua fortaleza, já que na atualidade a superestrutura de poder permeia todo o campo social e em escala global*. Na atual era da informação, portanto, as tecnologias utilizadas pelo Estado para controle e vigilância foram, em sua maior parte, desenvolvidas pela iniciativa privada, de modo que exercem controle panóptico aqueles que *se colocam em situação de supremacia – como empresas em relação aos consumidores e empregados – limitando a privacidade e a autodeterminação dos subjugados* a partir do conhecimento de seus dados pessoais (VIEIRA, 2007, pp. 177- 178).

É consequência lógica que grande parte do controle dos Estados atribui-se às empresas privadas, pois foram estas que proporcionaram mecanismos para que fossem mais que somente uma superestrutura (VIEIRA, 2007, p. 172). Todavia, em contrapartida, em outro nicho da iniciativa privada, foram desenvolvidas as chamadas *tecnologias de liberdade*, com as quais é possível impedir o livre acesso as informações por aqueles que detém a supremacia nas redes - em fim último, o Estado - sendo mecanismos que garantem não o anonimato do usuário, mas o sigilo do conteúdo das informações em trânsito (VIEIRA, 2007, p. 179).

Estas tecnologias, como remédio ao exercício de vigilância dos Estados, geram uma grande resistência por parte destes, que as

veem como forma de abalar a segurança pública<sup>22</sup> (VIEIRA, 2007, p. 179). Neste aspecto, o binômio liberdade-segurança nas redes, talvez seja o mais relevante desta nova era em que impera a informação, pois, conforme BAUMAM (2003, p. 24):

A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão [...] e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado [...]. Essa circunstância [...] torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros (BAUMAN, 2003, p. 24).

O controle dos meios de comunicação, como forma de garantir a segurança, não iniciou com a dissipação do terror, porém, foi a partir da tragédia em 11 de setembro de 2001 que tais políticas se incorporaram à superestrutura do Estado<sup>23</sup>, sobrepondo-se às demais e recebendo maior atenção por parte da comunidade internacional. A partir deste sentimento de insegurança, estabeleceram-se (perigosas) políticas de vigilância a título de combate ao terror sob a justificativa da *defesa de ideais necessários*

---

<sup>22</sup> Por suposto, a visão dos Estados está para proteger seus interesses e assim “[...]vêem evidentemente na ‘democratização’ de poderosos instrumentos de criptografia um atentado à sua soberania e segurança. Por isso o governo dos Estados Unidos tentou impor com padrão um sistema de criptografia cuja chave seria conhecida por suas agências de informação. (...) Diversos governos, entre os quais o francês e o chinês, requerem autorização prévia (muito difícil de conseguir) para o uso das tecnologias de criptografia. A lei considera os milhares de franceses que usam o PGP sem autorização oficial possuem armas de guerra e poderiam atentar contra a segurança do Estado. (...) Observemos, enfim, para concluir esse assunto, que a proibição dos instrumentos de criptografia em um país não impede de forma alguma seu uso em toda parte pelo terrorismo e crime organizado, que, não se importando com uma ilegalidade, podem muito facilmente conseguir tais instrumentos, sobretudo através da rede. (LÉVY apud VIEIRA, 2007, pp. 179-180)

<sup>23</sup> Conforme analisa HOBBSAWN (2007, p. 136): “A política atual dos Estados Unidos tenta reviver os terrores apocalípticos da Guerra Fria, quando já não lhe é plausível inventar “inimigos” para legitimar a expansão e o emprego do seu poder global. Repito aqui que os perigos da “guerra contra o terror” não provem dos homens-bombas muçulmanos [“Por mais horripilantes que tenha sido a carnificina de 11 de setembro de 2001 em Nova York, o poder internacional dos Estados Unidos e suas estruturas internas não foram afetadas em nada. Se ocorreram efeitos negativos posteriores, eles não deveram à ação dos terroristas, e sim à do governo americano (2007, p. 135)].”

à paz social<sup>24</sup>. Frente ao medo e pânico espalhados pelos grupos terroristas, passou-se a não se medir consequências, fazendo com que estas abarcassem a todos cidadãos, estivessem eles envolvidos ou não com as atividades terroristas (LIRA; BARRETO, 2016, p. 76).

## 2.2. Da construção do estado de exceção

Quando implementadas as políticas antiterror, em especial pelos Estados Unidos da América após a tragédia na cidade de Nova Iorque, muitos direitos passaram a estar ameaçados devido a ansiedade por resultados que prevenissem<sup>25</sup>, ou, ao menos, remediassem futuros ataques. Neste contexto, de profunda tristeza e medo, que se permitiu *primeiramente a ação, (para) depois, os questionamentos (GOÊS, 2007)*, típico do **estado de exceção**<sup>26</sup>, pois, conforme ensina POMPÉO:

Não há dúvidas de que essa vigilância patrocinada pelo Estado é um grande problema, conquanto ponha em risco a própria estrutura de todas as democracias e seu funcionamento. É nesse contexto que

---

<sup>24</sup> Analisando às políticas de vigilância americana, ensina GREENWALD que “A pressuposição implícita era que os poderes seriam usados sobretudo contra muçulmanos com ligações terroristas – uma expansão clássica de poder, confinada a um grupo restrito dedicado a um tipo de ato específico -, e esse foi um dos motivos que fizeram a medida ter um apoio avassalador. Mas o que aconteceu foi bem diferente: A Lei Patriota foi aplicada muito além de seus objetivos explícitos. Na realidade, desde sua implementação, ela foi usada principalmente em casos que nada tinham a ver com o terrorismo ou segurança nacional. A New York Magazine revelou que, de 2006 a 2009, o “espionar e olhar” autorizado pela lei (permissão para cumprir um mandado de busca sem informar de imediato o alvo) foi usado em 1.618 casos relacionados a drogas, 122 casos ligados a estelionato e apenas 15 envolvendo o terrorismo (2014, p. 212-213).

<sup>25</sup> Logo após a tragédia ocorrida em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001, sob a então presidência de George W. Bush, promulga a “military order” a qual passa a autorizar a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” dos não cidadãos suspeitos de envolvimento nas atividades terroristas. Em 26 de outubro de 2001, com o USA Patriot Act, permite ao Attorney general “manter preso” o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos” (...) a novidade está em *anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, desta forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável*. (AGAMBEN, 2004, p.14)

<sup>26</sup> *Esses tipos de operações antiterror funcionam no modo de direito de exceção, quase como uma forma “justificada” de um direito de resistência, nos moldes dos direitos naturais antecedentes ao reconhecimento internacional dos direitos humanos (LIRA; BARRETO, 2016, p.76).*

indica que a privacidade na era do terror parece estar condenada, pois além de não mais ser vista como um direito fundamental, vem seguidamente sendo considerada um obstáculo a segurança, que, para superá-la, vale-se de legislações de emergência, típicas de um estado de exceção (POMPÉO, 2016, p. 87).

Vivemos em um estado de exceção, situado *no limite entre a política e o direito* (AGAMBEN, 2004, p.11). Primeiro, porque sob nenhuma outra justificativa seria plausível menosprezar os direitos humanos, e com certa aceitação, apesar dos inúmeros relatos que provam haver uma inversão de valores: primeiro os estatais, para depois os dos cidadãos.

Para justificar as práticas de tortura em pleno século XXI <sup>27</sup>, consideram o terrorismo como sendo crime de guerra e, assim, frente a sua excepcionalidade, dispensam-se os limites atribuídos nos contornos de suas legislações nacionais. Quanto a este reconhecimento, há alguns pontos a serem observados, como ao fato de que (1) a dificuldade em atribuir o terrorismo como crime excepcional está no fato de que jamais se terá certeza de que não irá ocorrer outro evento do mesmo porte, portanto, a “exceção” se perpetuará indeterminadamente, como um *estado de emergência permanente - ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico* (POMPÉO, 2016, p. 135); (2) não há como delimitar quem são seus “inimigos”, de modo que o leque de possíveis culpados torna-se infinito e as buscas inespecíficas. Possivelmente muitos inocentes sofrerão antes do devido responsável ser encontrado, ou

---

<sup>27</sup> Para além das buscas “invisíveis” pela rede mundial de computadores, outro exemplo a sujeição do indivíduo às práticas arbitrárias do Estado é a (re)velada *Prisão de Guantánamo*, original Base Militar dos Estados Unidos da América, localizada em território cubano, transformada, desde 2002, quando chegaram os primeiros capturados no Afeganistão, em *campo de concentração para os suspeitos de terrorismo provenientes de numerosos países e regiões do Planeta*. E pior, tudo com a ciência da Casa Branca e Pentágono a época dos fatos ocorridos em 2001, que, desconsideraram os relatos dos prisioneiros de Guantánamo, em que descreveram as constantes práticas de tortura cometidas pelos soldados norte-americanos e as péssimas condições de encarceramento nas quais conviviam. Nada foi suficiente para alarmar a situação de barbárie em que estavam vivendo, de modo que somente no governo do ex-presidente Barack Obama o confinamento passou a ser considerado como uma “mancha negra” na história do país. (LIRA; BARRETO, 2016, p. 78)

serão usados como meio para chegar-se àquele, o que é inaceitável (LIRA; BARRETO, 2016, p. 79); (3) não havendo na comunidade internacional uma perfeita definição legal do que se entende por terrorismo, a norma penal, de legalidade estrita, passará a servir aos interesses dos que pretendem condena-los, únicos responsáveis por entender ser ou não caso de terrorismo (CALLEGARI, 2012, p. 48); (4) como salientado no início do estudo, não se pode caracterizar o terrorismo como guerra, no sentido antigo da palavra, pois o “confronto” é, em um todo, distinto: não há uma declaração formal, nem, necessariamente, confronto armado (POMPÉO, 2016, pp. 28-29), é imprevisível e potencialmente poderá está em todos lugares, de modo que, ao perpetuar o sentimento de terror como “estado de guerra”, por muito serão aceitas políticas atualmente autorizadas a combater-lo, gerando danos irreparáveis aos direitos humanos.

Neste sentido, as graves consequências de se considerar o terrorismo como sendo crime excepcional está no fato de que se precisará conviver com grandes violações aos direitos humanos<sup>28</sup>, sob afirmação da teoria do Direito Penal do Inimigo<sup>29</sup>, pois a (literal) “caça aos terroristas” será infinita. Neste sentido, AGAMBEN:

---

<sup>28</sup> As políticas prepotentes dos Estados em que se percebem a (...) transformação dos regimes democráticos em consequência da progressista expansão dos poderes do executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido [...] são, de algum modo, os estafetas que anunciam o que hoje temos claramente diante dos olhos, ou seja, que a partir do momento em que “o estado de exceção tornou-se regra” (Benjamin, 1942, p. 679), ele não só sempre se apresenta muito mais como técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p.12).

<sup>29</sup> Acerca do que se entende por Direito Penal do Inimigo, ensina ANDRADE (2016), em comparação ao clássico que “O Direito Penal já conhecido seria, nessa linha, dirigido aos cidadãos: indivíduos que teriam uma projeção de comportamento pessoal determinado pelos direitos e deveres vigentes na sociedade, sendo fieis ao ordenamento jurídico. Isso porque, de acordo com Jakobs, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”. Para os cidadãos, a pena teria a função de reafirmar a vigência da norma infringida, em confirmação à identidade social, já aqueles que, por sua atitude pessoal, seu meio de vida, incorporação a organizações criminosas ou outros fatores, demonstrem, de maneira reiterada e duradoura, sua predisposição a delinquir, defraudam frequentemente as expectativas normativas e não satisfazem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Por isso não devem ser considerados pessoas ou cidadãos, merecendo ser excluídos da sociedade. Conforme Jakobs, os casos “nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa”. O Direito Penal a eles aplicado não deveria ser o mesmo dos

*Diante do incessante avanço do que foi definido como “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção, nesta perspectiva, apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 12)(grifamos).*

Refere-se a “caça”, pois, a partir da declaração do então presidente George W. Bush de *guerra ao terror*, não se definiu quem seriam os alvos de suas políticas, passando todos a serem culpados em potencial <sup>30</sup>, sujeitos a uma investigação indiscriminada, com vasto acesso aos seus dados, sem nem mesmo haver certeza de autoria. É o que se percebe diante dos mecanismos de vigilância transnacionais, pelas redes, e também nos Estados, podendo ser até mesmo fisicamente. É o que se nota dos exemplos que seguem <sup>31</sup>.

---

*cidadãos, mas de caráter militar e com o objetivo de neutralizar a periculosidade dos inimigos, com garantias reduzidas e com uma pena cuja finalidade não seria a reafirmação da vigência da norma, mas a manutenção da exclusão desses indivíduos”. (grifei) (Disponível em: <https://fernandapassini.wordpress.com/2016/03/29/o-que-o-direito-penal-do-inimigo-e-o-processo-penal-de-emergencia-tem-a-ver-com-a-situacao-atual-do-pais/#comments>).*

<sup>30</sup> Segundo SALDANHA, “a questão acerca das detenções indefinidas de pessoas suspeitas de praticar atos terroristas e sua relação com o direito à liberdade e devido processo legal também foi discutida pelos juízes da Câmara de Londres, que: “(...) buscando limitar o fundamentalismo político que tomou contornos sem precedentes a partir da queda das torres gêmeas em 2001, a resposta – aberta aos princípios jurídicos nacionais e internacionais – foi que tais detenções violavam não só a convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, quanto também o Human Rights Act de 1988. Com base em tal entendimento, a Câmara anulou o Terrorism Act de novembro de 2001”. (SALDANHA apud LIRA; BARETO, 2006, p. 78)

<sup>31</sup> Quanto às políticas de vigilância por meios terrestres, ensina VIEIRA que [...] atualmente, o Projeto conta com mais de 120 (cento e vinte) satélites espíões e 11 (onze) estações terrestres de satélites, bem como com diversas estações de comunicações por cabos submarinos e outros meios de comunicações terrestres. A sua concepção se materializa em estações dispostas por todo o planeta para interceptar o máximo possível de comunicações por satélite, microondas, redes celulares e fibra óptica, mediante utilização de um sistema de busca por palavras-chave; a seguir, as informações captadas são processadas por poderosos computadores, que dispõem de programas de reconhecimento de voz (voice recognition), de reconhecimento óptico de caracteres (optical caracther recognition), de busca de textos

São diversas as políticas de espionagem estatal realizadas pelos EUA, sendo o grande marco o denominado projeto *Echelon*, realizado em meados dos anos 70, durante a Guerra Fria, em conjunto com a Inglaterra, para interceptar comunicações diplomáticas da ex-URSS. Após o fim da guerra, todavia, o projeto permaneceu sendo usado, mas com finalidade distinta: *para espionagem econômica e política, sendo controlado pelas agências de inteligência National Security Agency – NSA – americana e pela Government Communications Headquarters – GCHQ – britânica*. Nos anos seguintes, o projeto foi aderido também pela Nova Zelândia, Austrália e Canadá com a finalidade de *favorecer grupos e empresas dos países participantes em detrimento de empresas e Estados estrangeiros*. Conforme VIEIRA:

Hoje, o Echelon tem capacidade global de vigilância, interceptando mais de 3 (três) bilhões de comunicações diariamente, incluindo ligações telefônicas, mensagens de e-mail, downloads da internet, transmissões por satélite e assim por diante. As comunicações que despertam mais atenção são justamente aquelas que se escondem sob mensagens criptografadas, pois a simples indicação de que as partes não desejam ser gravadas já seria suficiente para se levantar um alarme a respeito da importância do conteúdo. Para tal, recorre-se a um conjunto de antenas, grampos em cabos submarinos e programas de busca na rede (VIEIRA, 2007, p. 216).

O projeto continua em funcionamento por ser um mecanismo importante de *combate ao terrorismo, ao narcotráfico e ao crime organizado*. Todavia, além da potencial violação a privacidade, tem sido utilizado para outros fins, sendo duas as características preocupantes: *a primeira, a capacidade global de vigilância mediante interceptação sistemática e aleatória de quaisquer comunicações; segundo, a afronta ao princípio da livre concorrência, favorecendo grupos econômicos e políticos dos Estados da chamada*

---

*cifrados e de decifração; por fim, as informações captadas são analisadas por funcionários da NSA e da GCHQ (CORREIA apud VIEIRA, 2007, p. 217).*



*“Comunidade UKUSA” (EUA, Inglaterra, Nova Zelândia, Austrália e Canadá* <sup>32</sup> (VIEIRA, 2007, p. 217).

Ainda, outros foram os projetos implementados em solo americano em 2000, como o programa Carnivore <sup>33</sup>, do Federal Bureau of Investigation – FBI, atualmente substituído pelo denominado Magic Lantern<sup>34</sup> e Matrix<sup>35</sup>. A novidade mais recente

---

<sup>32</sup> No ano de 2000, o Parlamento Europeu constituiu uma comissão temporária para discutir o caso Echelon e, no ano de 2001, teve seu texto aprovado com o seguinte fundamento: *“No atinente à questão da compatibilidade de um sistema do tipo Echelon com o direito da UE, impõe-se estabelecer a seguinte diferenciação: se o sistema for apenas utilizado para fins de informação, não se observa qualquer contradição com o direito da EU (...) Se, pelo contrário, o sistema é objeto de utilização abusiva para espionar a concorrência, é o mesmo contrário à obrigação de lealdade que vincula os Estados-membros e à concepção de um mercado comum em que a concorrência é livre. Se um Estado-membro nele participa, viola, assim a legislação da União. (...) Todas as operações de interceptação de comunicações constituem uma grave ingerência na vida privada da pessoa humana. O art. 8o da Convenção dos Direitos do Homem, que protege a vida privada, apenas permite uma tal ingerência quando esteja em causa garantir a segurança nacional, disposições essas que sejam de acesso geral e estabeleçam em que circunstâncias e condições os poderes públicos a ela podem recorrer. Tais ingerências devem ser proporcionadas, razão pela qual se impõe ponderar os interesses em jogo. Não é suficiente que a intervenção seja meramente oportuna e desejável. Um sistema de comunicações que, aleatória e sistematicamente, interceptasse todas e quaisquer comunicações, infringiria o princípio da proporcionalidade e seria, por conseguinte, contrário à Convenção dos Direitos do Homem. (...) A conformidade com os direitos fundamentais de uma actividade legalmente legitimada de serviços de informações exige, além disso, a existência de suficientes mecanismos de controlo, a fim de equilibrar os riscos inerentes à ação secreta levada a efeito por uma parte do aparelho administrativo”.* (Relatório do Parlamento Europeu, pp. 139-140, disponível no endereço <<http://www.europarl.eu.int>> apud LEONARDI apud VIEIRA, 2007 p. 218).

<sup>33</sup> Trata-se de um sistema de software e hardware instalado nos computadores dos provedores de acesso à internet, com a finalidade de interceptar, em tempo real, as comunicações via cabo. O FBI grampeia e-mails, ligações telefônicas e navegações na web realizadas por pessoas suspeitas de atividades ilícitas. O procedimento é menos intrusivo do que o Echelon, porque se exige prévia autorização judicial, bem como demonstração da inexistência de outros meios capazes de atender às necessidades da investigação, ou seja, requer-se a observância do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Além disso, todas as informações coletadas pelo sistema são gravadas em formato ininteligível ao usuário comum, ou seja, são criptografadas; sendo permitido o acesso apenas pelos agentes do FBI que detêm o conhecimento da chave criptográfica necessária à decifração da informação. (VIEIRA, 2007, p. 219)

<sup>34</sup> Esse, muito mais avançado, não requer a instalação física de filtros via provedor de acesso, sendo introduzido no computador do investigado, via internet, e de forma imperceptível. O software (keylogger) registra inclusive a sequência de teclas digitadas pelo usuário no computador, podendo, desta forma, obter senhas passíveis de utilização para leitura e acesso a documentos sigilosos criptografados. (VIEIRA, 2007, pp. 219-220)

<sup>35</sup> Desde 2003, o governo norte-americano mantém em funcionamento o Matrix, um grande aglomerado de bancos de dados que lhe permite encontrar possíveis terroristas. Tem dados médicos, informação sobre motoristas, antecedentes criminais, relatórios de uso de cartões de crédito. E não só

apresenta-se como sistema TIASystems (Total Information Awareness Systems<sup>36</sup>). O primeiro, apresentava-se como *um excelente recurso à disposição das autoridades policiais quando usado corretamente*, pois os filtros das investigações eram autorizados por juízes, porém, o que de fato acabou ocorrendo foram interceptações ilegítimas em domínios não abrangidos pelas legislações dos EUA – motivo que fez com que o programa fosse substituído (VIEIRA, 2007, pp. 218-220).

A situação se apresenta preocupante diante do crescimento vertiginoso da espionagem estatal em meio eletrônico pela comunidade internacional, pois não somente nos EUA utilizam-se mecanismos desta natureza<sup>37</sup>, a prática já está institucionalizada pelos Estados. Ainda que justificável a restrição à privacidade para o combate aos mais diversos tipos de condutas ilícitas, não se pode olvidar do já conhecido princípio da *proporcionalidade*, que

---

de norte-americanos. Segundo o Epic, Centro de Informação sobre Privacidade Eletrônica, uma das empresas responsáveis pelo Matrix, a ChoicePoint, tem cadastros de todos os empresários brasileiros, além de uma lista telefônica completa que inclui os números não listados daqui. Parece pouco, mas é só o início. Estão todos no mercado para adquirir os bancos de dados que estiverem à venda. Não demora muito para que qualquer agente de imigração nos EUA tenha acesso a mais dados sobre um cidadão brasileiro – ou mexicano, ou argentino, ou saudita – do que seus governos de origem. (DORIA apud VIEIRA, 2007, p.220)

<sup>36</sup> Atualmente, o referido TIASystems (Total Information Awareness Systems), tem como objetivo *prever os movimentos de todos os potenciais terroristas e prevenir possíveis ações*, sendo considerado o mais ambicioso sistema de vigilância já imaginado no mundo, pois, conforme VIEIRA: [...]o funcionamento segue um encadeamento lógico que se processa na seguinte sequência: detectar, classificar, identificar, rastrear, compreender e prevenir. Integrando arquiteturas de tecnologia da informação, os agentes federais norte-americanos pretendem colher toda e qualquer informação proveniente de transações financeiras, viagens, educação, serviços médicos e veterinários, transportes, entrada de estrangeiros no país, comunicações, eventos, movimentação geográfica, hospedagem, uso de recursos de comunicação e internet, e cruzar esses dados com modelos de comportamento preestabelecidos, com o fito de encontrar “pessoas com tendências para a prática de atividades ilícitas”. O sistema trabalha formulando hipóteses e propondo teorias. O objetivo do programa é alcançar, em 5 (cinco) anos, “a reinvenção total das tecnologias de armazenamento e acesso de informação” (VIEIRA, 2007, p. 221)

<sup>37</sup> Assim como os EUA, (...) as agências de inteligência dos países da UE também adotam esse mecanismo de controle e vigilância. Por volta de 1995, foi criado o programa Enfpol ou Enforcement Police com objetivo de padronizar os procedimentos adotados pelas polícias dos diversos países de interceptação de dados e comunicações por telefone, fax e internet. O programa também não é reconhecido pelas autoridades européias” (VIEIRA, 2007, p. 221).

resguarda ao exercício de seus direitos fundamentais por parte dos usuários.

### **3. Da (necessária) proteção aos direitos fundamentais dos usuários na sociedade da informação <sup>38</sup>**

Atualmente, seria inviável viver sem informação, principal matéria prima do modelo capitalista e condição determinante para desenvolvimento econômico e cultural da sociedade. Consequentemente, visíveis são as avassaladoras mudanças no mundo que a nova era trouxe consigo (VIEIRA, 2007, p. 157).

Época de conquistas a diversos direitos, o século XX testemunhou dois paradoxos acerca dos direitos humanos: o primeiro, por ser simultaneamente tempo de suas grandes conquistas e de suas maiores violações; o segundo, pelo sequestro do discurso pelo poder público-privado, que passaram a desvirtuar sua finalidade em prol de seus interesses (DOUZINAS, 2009, p. 20). Diante da nova sociedade, onde a exposição a estes paradoxos se acentua com a tecnologia, não se poderia deixar de referir ao tema da proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista que *o âmbito de proteção de um direito abrange não apenas os pressupostos fáticos contemplados na norma, ou seja, o bem jurídico protegido pela garantia fundamental; mas também os tipos de agressão ou de restrição contra os quais se outorga a proteção* (MENDES, 2002, pp. 210-212).

Quanto ao tema a que se analisa este artigo, vinculados estão, no rol daqueles, o direito à privacidade e a liberdade de expressão e comunicação, direitos fundamentais inseridos dentro dos direitos de personalidade, são concebidos como de primeira ou terceira

---

<sup>38</sup> “A expressão sociedade da informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações. [...] informação consiste em um dado ou conjunto de dados, processados ou não, em qualquer suporte, capaz de produzir conhecimento. Nesse sentido, informação pode ser até uma imagem, um som, um documento físico ou eletrônico, ou, até mesmo, um dado isolado”. (VIEIRA, 2007, p. 279)

dimensão <sup>39</sup>, pois ostentam um caráter dúplice: com status negativo, quando decorre da garantia de direito à vida privada e dignidade humana, ou seja, que ninguém, terceiro ou mesmo o Estado poderá intervir na sua esfera jurídica, ou status positivo, referente ao que se espera do Estado, que esteja atento a prevenir e combater efetivamente a intromissão de qualquer na esfera alheia. (VIEIRA, 2007, p. 99)

Há diversos dispositivos constitucionais para salvaguardar a proteção à vida privada, como por exemplo no art. 5º, caput, incisos V, IV, X, XI, XII, e mesmo o art. 220, parágrafo 2º da Constituição brasileira. Além, sendo signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, impõe ao país um dever de instituir um sistema de proteção internacional aos direitos humanos. Conforme ensina PIOVESAN:

[...]em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como *marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos*. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de *que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos*. Indivisibilidade porque a *garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa*. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. [...] Neste contexto, pode-se afirmar que uma das

---

<sup>39</sup> Importante conceituar que os direitos fundamentais são classificados em três dimensões, na primeira estão os civis e políticos, aqueles que primeiro constaram nas Constituições, ou seja, que tem por titular o indivíduo e podem ser oponíveis contra o Estado. Já os de segunda dimensão emergiram no século XX, conjuntamente ao Estado social, e decorrem dos movimentos sociais para efetivação dos chamados direitos sociais, culturais e econômicos, direitos coletivos. Estes, porque exigem do Estado prestações materiais, tiveram, inicialmente, eficácia duvidosa, sendo definidos como de cunho programático e fazendo nascer uma proteção às instituições ao garantir sua essência, limitação e destinação a determinadas tarefas. Os de terceira dimensão referem-se aos de cunho humanitário, que se desprendem do indivíduo, tendo como “destinatário precipuo o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (SARLET, 2006, p. 58)” (AZEVEDO.BASSO, 2008, p.25).

principais preocupações deste movimento foi converter os direitos humanos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2000, p.95)(grifei).

O direito à privacidade, liberdade de expressão e comunicação estão presentes, também, nas Convenções ou Carta dos sistemas regionais de proteção<sup>40</sup>. Analisando a Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente em seus artigos 11 e 13, tem-se que: (i) ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra ou reputação, e também, que (ii) toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, o que inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, por qualquer meio de sua escolha (POMPÉO, 2016, p. 124).

Assim, percebe-se que, a partir da internacionalização dos Direitos Humanos, *mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais*, protege-los não mais é tarefa exclusiva (e arbitrária) do Estado para com seus indivíduos. Passa a ser *dever da comunidade internacional interferir* ou, quando menos, influenciar àqueles, relativizando<sup>41</sup> sua soberania em prol do legítimo interesse internacional, pois, diante de tantos dispositivos e Convenções, cristalizou-se a ideia de que o indivíduo deve ter seus direitos assegurados na esfera internacional, como sujeito de Direito que se apresenta (PIOVESAN, p. 95). Conforme observa SIKKINK (1993):

---

<sup>40</sup> Acerca da proteção destes direitos, salienta POMPÉO que é “importante destacar que proteger o direito à privacidade e a liberdade de comunicação não se perfaz ao “simples reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever”, que seria seu direito individual e subjetivo, mas também, de toda sociedade receber tais informações ou ideias” (BASTERRA apud POMPÉO, 2016, p. 129).

<sup>41</sup> Conforme explica PIOVESAN (2000, p. 98): “Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos”.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados (p. 413). [...]“Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional.” (p.441). (SIKKINK, apud PIOVESAN, 2000, p. 95)

A proteção da comunidade internacional ao indivíduo, sujeito de Direito, apresenta-se como *adicional* àquela que Estado tem por dever, ou seja, é *acionável quando o Estado se mostra falho ou omisso na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais* que havia se comprometido a acolher em determinado aparato internacional de proteção (PIOVESAN, p. 98). Todavia, apesar de estar presente em diversas Convenções e de ser amplamente protegido nos dispositivos Constitucionais, *não tem sido suficiente para que a comunidade internacional consiga evitar a sua violação* (POMPÉO, 2016, p. 134), pois os direitos humanos têm sido encarados de maneira bastante ambivalente, ora como espada, ora como escudos do direito penal – o que infelizmente nos leva a uma grande conveniência em seu uso.

Neste sentido reporta-se ao estudo aqui visto acerca do modo vigilante com que são utilizados os mecanismos de informação pelo Estado e instituições de caráter privado para se concluir que há um grande espaço para que se estruture tal ambivalência: as redes de controle permeiam todo campo social e o acesso aos dados de seus usuários não facilmente se impede. *Diante da complexidade dessa estrutura, as pessoas ficaram expostas a uma visibilidade universal e constante – característica das sociedades panópticas – e, em consequência, além de permanentemente observados, os indivíduos passaram a ser classificados, registrando-se nos mínimos detalhes suas características e condutas* (VIEIRA, 2007, p. 173).

A visibilidade absoluta, apesar de permitir uma ampla comunicação dos usuários, facilita a intromissão do Estado na esfera privada, que fundamentam suas políticas antiterroristas de coleta de informações como *imprescindíveis ao desempenho das atividades estatais. A tensão entre a proteção das informações confidenciais dos cidadãos e o impulso de coletar e armazenar cada vez mais dados pessoais é permanente por parte dos Estados* (VIEIRA, 2007, pp. 207-210), todavia, esta necessidade arbitrária de coleta é o que ao fim remedia o “sucesso” das operações. É perfeita a análise de GREENWALD acerca do tema:

Na realidade, a vigilância em massa teve praticamente o efeito contrário: ela torna mais difícil detectar e deter os atos terroristas. O deputado democrata Rush Holt, que é físico e um dos poucos cientistas do Congresso, argumentou que coletar tudo relacionado as comunicações de todo mundo só faz ocultar os verdadeiros complôs organizados por terroristas de verdade. Uma vigilância focada, e não indiscriminada, renderia informações mais específicas e mais úteis. A abordagem atual soterra as agências de inteligência com tantos dados que é impossível analisa-los de forma eficaz. (GREENWALD, 2014, p. 217)

A necessidade de “certificar-se da normalidade” dos usuários da rede, atribuível perante a classificação destes em características e condutas específicas, faz com que a gestão de dados pessoais seja, para todos pesares, uma tarefa estatal ordinária e que, como tal, seja de extrema importância ser norteada por alguns princípios, como o *de proporcionalidade; da quantidade e qualidade dos dados coletados aos fins perseguidos; do acesso restrito a pessoas que tenham necessidade de conhecer e preservação da segurança em todas as fases do tratamento da informação* (VIEIRA, 2007, p. 208). Ademais dos limites possivelmente atribuíveis, resta claro que a excessiva transmissão desses dados entre diferentes bancos públicos desperta preocupações acerca do direito à privacidade, *tendo em vista a crescente violação da autodeterminação dos indivíduos diante*

do constante monitoramento por parte do Estado <sup>42</sup> (VIEIRA, 2007, pp. 207-210).

É verdade e não se pretende contra argumentar que é dever do Estado, aos casos que peçam, restringir-se direitos em virtude do combate a ilícitos <sup>43</sup>. Tão óbvio quanto, porém, é que nada, nesta esfera, poder ser feito sem haver crivo judicial, pois sabe-se que, tanto quanto punir, é de igual prioridade ao Estado garantir aos seus indivíduos o gozo de direitos fundamentais durante todo o devido processo legal – os quais, por óbvio, restam sonogados dentro de tais práticas. É, portanto, neste aspecto que se deve atentar às “buscas”, pois, sendo realizadas fora do âmbito judicial, inevitavelmente tenderá a adotar a premissa de que *qualquer pessoa deve ser considerada um suspeito* (VIEIRA, 2007, p. 222) e a partir desta, todas as demais serão válidas para que se consiga punir. Explica FERNANDES:

Vivenciamos a era dos extremos e da incerteza. A incerteza gera medo, o medo gera insegurança, a insegurança gera excessos e violência. *Mesmo que o risco (ameaça) não se concretize, ele já causa, desde logo, efeitos deletérios, porquanto o medo dele decorrente, como antecipação mental da realização no mundo fenomênico de riscos reais ou imaginários, sobre diminuir a qualidade de vida, é capaz de provocar reações primitivas, imoderadas e até violentas de autodefesa.* (FERNANDES, 2015, p. 61).(grifei)

Se mesmo a nossa Constituição, dentro do direito interno e de seus Tribunais, já se noticiam grandes violações aos direitos

---

<sup>42</sup> De modo que salienta VIEIRA (2007, p. 207): “uma vez coletados – seja para fins de censo, estatística, pagamento de tributos, investigação e combate a criminalidade ou prestação de serviços públicos – tais dados devem receber um tratamento adequado e seguro, de forma a garantir sua integridade, autenticidade e sigilo”.

<sup>43</sup> Conforme pontua FERNANDES, “De qualquer sorte, pese embora a relativa incalculabilidade dos riscos na sociedade atual, é de mister reconhecer que, no geral dos casos, há parâmetros racionais e objetivos para aferir, com algum grau de certeza, a natureza e a gravidade dos riscos em jogo. Na sopesagem dos direitos, dos riscos e das medidas hábeis a neutralizá-los ou minorá-los, revela-se bastante útil o recurso aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (FERNANDES, 2015, p. 61).



fundamentais previstos, é de se imaginar que, internacionalmente, este abuso, frente aos direitos humanos, seja proporcionalmente maior e, porque de vastas hipóteses e fontes, com baixas possibilidades de se ter conhecimento e de tais culpados serem punidos (VIEIRA, 2007, p. 178), o que se apresenta ainda mais prejudicial. Neste ponto, mais que bem-vinda está a análise de LOCKE de que a contenção do poder arbitrário dos governantes estava na previsibilidade e calculabilidade das leis:

Seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas ideias repentinas, ou a sua vontade desenfreada e manifestada no último momento, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las. Pois todo o poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, mas leis estabelecidas e promulgadas; deste modo, tanto o povo pode conhecer seu dever e ficar seguro e protegido dentro dos limites da lei, quanto os governantes, mantidos dentro dos seus devidos limites, não ficarão tentados pelo poder que detém em suas mãos e não o utilizarão para tais propósitos nem por medidas desconhecidas do povo e contrárias a sua vontade. (LOCKE, 1994, p.73)

E é a partir da *perspectiva de constitucionalismo-global*, cuja tarefa é proteger direitos fundamentais, limitando o poder dos Estados (POMPEO, 2016, p. 106) que a comunidade internacional torna-se relevante a proteção daqueles, pois, conforme ensina (pp. 108-109), transcrevendo passagem de DELMAS-MARTY:

Formou-se, assim, um sistema internacional de proteção que se fundamenta, sobretudo, na consciência ética compartilhada por Estados que invocam o consenso internacional a respeito de temas centrais aos direitos humanos para alcançar a salvaguarda de

parâmetros protetivos mínimos. Isso significa que, como pontua Delmas-Marty, os direitos do homem permitiram imaginar um “direito dos direitos”, destinado a aproximar, e não unificar, os diferentes sistemas, aproximando-os em uma harmonia feita tanto da subordinação deles a uma ordem supranacional, como da coordenação deles segundo princípios comuns, ou, como diz especificamente a autora, feito “nuvens que, levadas por um mesmo sopro, se ordenassem aos poucos guardando seu ritmo próprio, suas formas próprias. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 62).

### 3.1 Do binômio segurança-liberdade nas políticas antiterrorismo

*A partir do substancial incremento do terrorismo, da cibercriminalidade e da produção de armas de destruição em massa (biológicas, químicas e nucleares), várias medidas restritivas de direitos fundamentais como liberdade, privacidade, presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, etc. e da própria democracia têm sido adotadas até mesmo por nações que se diziam democráticas em favor ao direito à segurança, sob o argumento de busca à paz mundial (FERNANADES, 2015, p. 57). Assim, conforme entende VIEIRA:*

Todo cidadão deve estar atento tanto para o novo cenário mundial que se descortina quanto para a necessidade de se combater com veemência a atividade ilícita em referência, que provoca a morte de tantos inocentes; entretanto, há que se ter um mínimo de razoabilidade para não se descambar para extremismos, numa irreversível aniquilação da privacidade. Deve o caráter comunitarista traduzir-se por ações em exata medida que não fulminem a privacidade – preceito tão caro à dignidade da pessoa humana e indispensável à preservação da liberdade de consciência, de crença e de expressão, bem como ao livre desenvolvimento da personalidade. *O direito à privacidade e o bem jurídico segurança pública devem ser devidamente sopesados mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, previsto expressa ou implicitamente na Constituição de todos os Estados Democráticos de Direito.* (VIEIRA, (2007, p. 40)(grifei).

A ameaça à segurança pública sempre foi pauta de extrema importância e já há muito se discutem e se procuram respostas à políticas eficazes que não interfiram nos limites, supramencionados, dos sujeitos de Direito. O que não se esperava era que, diante de “guerras silenciosas” o quadro fosse se agravar e sem nem mesmo qualquer aviso prévio, pois, alguns *cliques* são suficientes para ultrapassar a fronteira limítrofe do binômio, formando um grande confronto em detrimento de quaisquer direitos fundamentais que nos são caros, pois, conforme correlaciona PEIXOTO:

De um lado, os Estados membros precisam ter capacidade de garantir a segurança nacional e conduzir as investigações criminais de forma eficiente, e a exigência de obter autorização do titular dos dados para o processamento dessas informações poderia obstar estes esforços. De outro lado, autoridades locais e nacionais com poderes infinitos de restrição ao direito à privacidade, em qualquer hipótese, podem levar a uma situação de vigilância em que os cidadãos fiquem desprotegidos contra as intromissões do governo em suas esferas privadas. (PEIXOTO, apud VIEIRA, 2007, p. 221)

O fator mais preocupante está no fato de que as atuais ameaças à segurança não mais se restringirem àquela latente (em último, visível), pois, a partir da evolução dos meios de comunicação, novas formas de violência foram geradas e podem ser ainda piores àquelas pelas quais já estávamos acostumados. Isto porque na sociedade da informação *não se estabelecem fronteiras físicas, traçadas em nível jurídico, político e territorial; o fluxo de informações é intenso e transnacional* (VIEIRA, 2007, 166), de modo que, inevitavelmente, estamos vinculados à tal restrição da nossa liberdade.

Este fluxo transnacional é chamado de **autoestradas da informação**, ou seja, não existem fronteiras nacionais que sejam suficientes a proteção dos dados, pois constituiu-se uma rede mundial de acesso: *as redes locais se interligam até formar redes nacionais, as redes nacionais também se unem para formar a rede*

*internacional que, ao multiplicar-se, corporifica a infra-estrutura global de informação, e, a partir destas, o ciberespaço põe em risco a privacidade dos usuários diante da excessiva acumulação de informações de caráter pessoal* (ASCENÇÃO apud VIEIRA, 2007, p.164-165). Neste sentido, salienta FERNANDES quanto a necessária atenção aos critérios da proporcionalidade para quebra de sigilo das informações que nos estão disponíveis:

[...] a quebra do sigilo das comunicações de bilhões de pessoas não passa no teste da proporcionalidade, seja pela ineficácia do meio empregado, seja pelo elevado grau de restrição imposto a esse direito fundamental de tantas pessoas. A ineficácia da generalizada quebra de sigilo tem-se mostrado evidente em virtude da incapacidade do governo americano de evitar os recentes ataques domésticos, promovidos por cidadãos americanos (adolescentes inclusive!), em escolas, bases americanas, etc. *A ingente capacidade de coletar dados torna-se inócua diante da incapacidade de analisar em tempo hábil essa extraordinária massa de dados coletados.* Outrossim, a desproporcionalidade da quebra de sigilo torna-se patente quando se pondera o seu elevado custo econômico (FERNANDES, 2015, p. 58).

Todavia, ao ser dever do Estado propiciar segurança aos cidadãos, contendo a violência e garantindo a paz, **a segurança pública, na atualidade, converteu-se em argumento político e constitucional para a legitimação da força estatal**<sup>44</sup>. Para tanto, fortaleceu-se o aparato penal com o objetivo de se obter o controle da criminalidade (AZEVEDO; BASSO, p. 21-23, 2008). Entretanto, conforme sintetiza POMPEO:

O escrutínio de informações por Estados-Nação e empresas do setor privado (...) é apenas um dos exemplos aptos a ilustrar esse

---

<sup>44</sup> Segundo a análise de HOBBSAWN (2007, p. 155): “[...] os direitos humanos hoje são utilizados com frequência para justificar o poder militar dos Estados Unidos. Por outro lado, os EUA, como a França e a Rússia revolucionárias, são uma grande potência que tem por base uma revolução universalista – e, por conseguinte, crê que o resto do mundo deveria seguir seu exemplo e que deve até ajudar a libertar o resto do mundo. Poucas coisas podem haver que sejam tão perigosas quanto os impérios que buscam satisfazer seus próprios fins acreditando que estão fazendo um favor a humanidade”.

contexto em que se torna imprescindível encontrar um ponto de Arquimedes entre a segurança e a liberdade e entre o desenvolvimento econômico e a dignidade humana (...) e isso ocorre muito em razão do “paradoxo do medo que domina as relações globais atuais”, fazendo com “*que políticas estatais e internacionais impostas em nome da segurança - individual e coletiva - dos direitos humanos*” também respondam grandemente pela violação desses direitos”. (SALDANHA; BOLZAN DE MORAIS; VIEIRA apud POMPEO, 2016, p. 132) (grifei)

Neste sentido que é difícil o encontro de políticas que satisfaçam a proteção a segurança, bem como, resguardem os direitos individuais protegidos nos ordenamentos jurídicos estatais e ratificado nas Convenções internacionais. Apesar de saber que *há limites a liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado* (PIOVESAN, 2013, p. 184), salienta LIRA e BARRETO que são motivos para que subsistam as práticas que vão de encontro aos direitos humanos:

*Apesar da amplitude da política de reconhecimento dos direitos humanos, isso não (foi) tem sido suficiente para evitar práticas nefastas de desrespeito à condição de ser humano.* Um dos fatores que contribuiu para o atraso na promoção dos direitos humanos é a crença da suficiência somente pelo fato de estarem assegurados em lei. Até porque a incorporação dos direitos humanos na ordem internacional está limitada “(...) pela divergência ideológica entre as forças governantes em diferentes países (que) permite que tal incorporação seja efetuada somente no nível de menor denominador comum, deixando de lado direitos controversos”. Além disso, essa incorporação está limitada, de forma mais séria, em razão da concepção ainda corrente da soberania dos Estados que impõe “(...) severas restrições às obrigações que os governos aceitam em seu compromisso e nas formas de intervenção disponível a órgãos externos para investigar e punir violações de direitos humanos” (NINO, 2009, p.21.)” (LIRA; BARRETO, 2016, p.76).

Não há arma mais poderosa no arsenal estatal do que o direito conferido de punir seus cidadãos (*jus puniendi*). Esta punição,

todavia, deve representar somente uma forma de **defesa** – *isso já implicaria em reavaliar políticas de imigração e de vigilância (física e virtual) dos Estados contra pessoas indiscriminadas, escolhidas por alguma afinidade – cidadania, religião, etc. – com agentes terroristas* – de forma que os castigos injustificados violam nossos direitos, pois todos partimos do pressuposto de não ser culpados (LIRA; BARRETO, 2016, p. 79).

Desta forma, apresenta-se impossível conceber que, diante de todo avanço das políticas penais, da compreensão do ser humano e de seus direitos inerentes, possamos coabitar com o fato de ainda existirem práticas de tortura (in)justificadas por um “estado de exceção”, em que, na realidade e a contradizer o próprio conceito, se percebe sua intenção permanente. Ao mesmo patamar que não se pode deixar impune condutas de extrema violência e degradação, é inaceitável não haver um modo de se punir garantindo o devido processo legal e os direitos dos indivíduos que se submetem.

Na sede por respostas e políticas imediatistas, os Estados passaram a agir por si, seja através da vigilância pelos dados oferecidos pela internet, ou de suas legislações, ignorando o fato de que não há imparcialidade quando são os próprios investigadores quem sofreram com a tragédia. Neste sentido, a presença de meios legais, oficialmente instituídos pela comunidade internacional para julgamento de tais infrações seria muito bem-vindos. Um exemplo deveria ser a Corte Penal Internacional, organismo que pretende julgar a responsabilidade penal de indivíduos por crimes internacionais.

Acerca da jurisdição da Corte, ocorre que, até o presente momento, o crime de terrorismo não se encontra (explicitamente) dentro de os presentes no Estatuto, o qual restringe aos crimes de genocídio; contra a humanidade; de guerra; de agressão. Todavia, o que se pretende defender é o reconhecimento do crime de terrorismo no rol destes, como estava na proposta dos trabalhos preparatórios na constituição do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Plenipotenciários, em que seria considerado dentro

da segunda categoria de crimes, denominada *treaty crimes*, composto pelas infrações previstas em diversos tratados internacionais (OLIVEIRA, 2005).

Apesar da tentativa naquela Conferência, o insucesso deu-se devido a difícil definição do conceito do crime, o que retardaria, naquele momento, a finalização do instrumento e ainda poderia dificultar a adesão dos demais (VOLTZ, 2010). Em uma sustentação mais ousada (e imediatista) se poderia interpretar a incluí-lo no rol dos crimes contra a humanidade, já que *o artigo 70 de seu estatuto, ao prever na alínea “k” do parágrafo primeiro, que se incluirão nesta categoria “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”* (VIEIRA e ANDRADE, 2015, p. 19) abre porta para esta possibilidade. Em respaldo doutrinário à tese, cita-se BAZELAIRE:

Não poderia considerar, por exemplo, que a colocação reiterada de bombas ou lançamento de gases mortais em locais públicos constituem perseguição de um grupo ou de uma coletividade identificável por motivos políticos, raciais ou religiosos? Não é a mesma situação conhecida há tanto tempo pelo País Basco espanhol e pela Irlanda do Norte? Os assassinatos ou o rapto de pessoas públicas seguidos de sua execução estão tão distantes das incriminações consideradas pela CPI? (BAZELAIRE, 2004 apud VIEIRA e ANDRADE, 2015, p. 19).

De todos os modos, se não por dita interpretação, o Estatuto poderia ainda ser alterado, a incluir o que lhe falta, pela possibilidade conferida pelo art. 123 do mesmo, o qual permite a revisão daquele a qualquer tempo. Corroboram a tese VIEIRA e ANDRADE quando defendem a transnacionalidade do terrorismo:

Fato é que, o caráter transnacional que este delito tem assumido neste século, sendo a sua prática muitas vezes financiada ou mesmo promovida pelos próprios Estados, que por isso obviamente não envidarão esforços para a sua repressão e punição, são situações que exigem que o combate e punição dessa

prática não fiquem restritos exclusivamente à competência doméstica, devendo ser apreciados também no âmbito internacional (VIEIRA; ANDRADE, 2015, p. 19).

A concluir, resta-se evidente que havendo o devido processo legal muitas das violações aos direitos humanos seriam evitadas, pois, sendo o processo submetido a Corte imparcial, se retiraria o caráter estatutário de perseguição sob a forma de Direito Penal do Inimigo e o transporia ao órgão internacional, que se veria responsável por conter as políticas abusivas ao submeter a julgamento os possíveis culpados. É verdade que ainda muitas potências não aderiram ao Estatuto, o que impediria a sua submissão ao trâmite e julgamento, todavia, já se perceberiam grandes e importantes modificações a começar, se fazer de exemplo e trazer à comunidade internacional esperanças de que as violações a que se tem noticiado sobre tema e o retrocesso a que estas nos vinculam não mais persistirão, ou que, ao menos, poderão ser punidos aqueles que tanto mal fizeram sem qualquer justificativa.

Ainda assim, como em todo o processo, não se poderiam, também, olvidar dos princípios bases de todo e qualquer ordenamento jurídico, quais sejam, da razoabilidade e proporcionalidade. Não se apresenta como tarefa fácil ponderar os interesses estatais aos direitos do indivíduo, ainda mais tratando-se de situação onde qualquer das partes encontra-se em estado de vulnerabilidade. Neste sentido, ensina FERNANDES:

*Não se preconiza, portanto, a supremacia absoluta, incontestável, do interesse público sobre o individual (até porque, se assim fosse, a ideia mesma de direito individual, oponível à maioria, perderia sua razão de ser), mas sim a necessidade de sopesagem desses direitos coletivos e individuais à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como de outros parâmetros constitucionais, em ordem a determinar qual deve prevalecer no caso concreto(...) para além disso, nessa sopesagem, há que considerar sempre a natureza e o grau dos riscos envolvidos, para evitar reações desproporcionais a riscos remotos,*



*pouco factíveis, de improvável concretização.* Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais (FERNANDES, 2015, p. 60).

Adotar uma política criminal de viés reducionista de direitos humanos, em que a repressão se justifica pela necessidade de acautelar os Estados do perigo das práticas terroristas sob a pretensão de que os “fins justificam os meios”, ou seja, ao arrepio do devido processo legal, demonstram que as recentes ações não visam punir, no sentido do poder atribuído aos Estados, mas sim, de vingar-se com emprego de meios cruéis e violentos os quais, por evidente, degradam a condição humana.

A suspensão dos direitos inatos ao homem apresenta um *regresso pernicioso no processo de evolução da vida em sociedade*, que vai de encontro a evolução tecnológica e nos encaminha a um período assustador da história da humanidade (LIRA; BARRETO, 2016, p. 80) onde nada fugirá ao conhecimento dos que detêm do poder na era digital e o utilizam para sua própria hegemonia. A vigilância estatal onipresente através das redes em que nos conectamos e o sigilo na atuação dos Estados, além de diminuir o valor da privacidade individual, são perigosas armas a favor de seus interesses, as quais seguirão sendo utilizadas, às escusas de uma *guerra contra o terror* e ao sacrifício de direitos essenciais a vida humana.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 1942. Tradução: Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio).

BARRETO, Vicente de Paulo; LIRA, Claudio Rogério Sousa. **Política antiterror**: Os direitos humanos na encruzilhada da prevenção e da repressão aos atos terroristas. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/7046/pdf>. Acesso em fevereiro de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução: DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**. Barueri – SP: manole, 2009.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292p.

BRASIL. **Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF: Senado Federal: 2016.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Los delitos de terrorismo**: estrutura típica e injusto. Editora Reus. Madrid, 2010. 326p.

CASTELLS, Manuel, 1942- **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade / Manuel Castells; tradução Maria Luíza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. – Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo internacional**: inimigo sem rosto – combatente sem pátria. Campinas, SP: Millenium editora, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. **“Os grandes sistemas de política criminal”**. Tradução: Denise Radanovic Vieira. São Paulo, Manoele, 2004.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradução de Luzia Araújo. Editora Unisinos, 2009. 418p.

FERNANDES, André Dias. **Terrorismo, Lei do Abate e Direito à Segurança na Sociedade de Risco**. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1435/1949>>. Acesso em: janeiro de 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Terrorismo e Criminalidade Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, 136 p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 17 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GREENWALD, Gleen. **Sem Lugar Para Se Esconder** – Edward Snowden, A Nsa e A Espionagem do Governo Americano. Tradução: Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: companhia das letras, 1995.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MAZETTO, Francisco de Assis Penteado. **O terrorismo na história**. Juiz de Fora, 2002. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/Terrorismo.pdf>. Acesso em 24 de janeiro de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

OLIVEIRA, Cristiano José Martins de. **Os crimes internacionais e o Tribunal Penal Internacional**: análise dos conceitos dos tipos penais do Estatuto de Roma. Acesso em: <[http://www.conpedi.org/arquivos/anais/maringa/05\\_1656.pdf](http://www.conpedi.org/arquivos/anais/maringa/05_1656.pdf)> Acesso em: 05 fev. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POMPEO, Wagner Augusto Hundertmack. **“Guerra ao Terror e Terror à Guerra: Políticas e Práticas Antiterror, Liberdade e o Futuro das TICs”**.

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO. MAURA BASSO. **Segurança Pública e Direitos Fundamentais**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 21-32, jul./dez. 2008

SOUKI, Hassan Magid de Castro. **7 de junho de 2013**. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1177>. Acessado em 24 de janeiro de 2016.

VIEIRA, Susana Camargo; ANDRADE, Ana Maria de. **O tribunal penal internacional**: Uma análise sobre sua evolução e sua competência para julgar o crime pelo terrorismo. Revista Brasileira de Direito Internacional. e-ISSN: 2526-0219. Minas Gerais. v. 2. n. 1. Jul/Dez 2015.

VIEIRA. Tatiana Malta. **O direito a privacidade na sociedade da informação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VOLZ M. B. **A cunhagem de uma moeda inédita e singular:** o processo de criação do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://base.repositorio.unesp.br/handle/11449/93193>>. Acesso em 28 abr. 2015.



**Há um direito de negar a utilização de recursos tecnológicos na prática do ensino superior?**  
**Notas acerca da extensão do direito fundamental à liberdade de ensinar no tocante às escolhas metodológicas**

*Amanda Costa Thomé Travincas* \*

*Lana Gabriela Mendes* \*\*

**Notas introdutórias**

Em 2016, no Vale do Silício, Califórnia, foi aberto um novo *campus* universitário “sem professores, onde não há livros e nada é pago”, com a pretensão de efetivar a matrícula de 1 mil alunos por ano para o estudo de programação de computadores e desenvolvimento de *software*, consolidando um modelo educacional colaborativo, no qual o aluno não é receptor, mas participe da produção de conhecimento, aprendendo e ensinando na mesma medida (PICKLES, 2016). Por definição, a Universidade é um local que comporta um grau necessário de transgressão. Como lembra John Dewey (1997, p. 216-7), sua função de promover processos educacionais importa a relativização do estado de coisas do conhecimento, é dizer, a educação é sempre transformadora. Pois bem, o que merece ser rediscutido quando a ruptura gestada atinge

---

\* Pós-Doutora em Direito pela PUCRS. Professora do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB/São Luís - MA.

\*\* Graduada do Curso de Direito da UNDB/São Luís - MA. Aluna-pesquisadora de iniciação científica.

a própria forma de executar o processo de ensino e aprendizagem de uma maneira radical como essa?

O caso coloca à tona, em definitivo, a imbricação entre Universidade e tecnologia, e revela as diferentes nuances de uma relação que aponta para um conjunto de questões relativamente às quais as respostas são, ainda, parcialmente incertas. A despeito de tal estado de coisas do conhecimento acerca dos influxos da tecnologia no ambiente do ensino superior, é certo que há, em larga dimensão, a partilha de uma expectativa positiva no tocante à porosidade do *campus* à inserção de tecnologias para os fins aos quais se compromete, com primazia, o ensino superior - a saber, o ensino, a pesquisa e a extensão -, na mesma medida em que são pontuais (e silenciadas) posturas radicalmente refratárias a uma tal opção. É nesse seguimento que erige uma impressão de fatalismo quanto ao uso de recursos tecnológicos, desconsiderando-se a possibilidade de o cenário ser o produto de um acordo (SARLET; MOLINARO, 2012, p. 24) que, enquanto tal, pode (e merece) se revisado.

Nesse segmento, sobram reforços à conclusão de que, como nenhum outro recurso, a tecnologia promove o ensino superior (SILVIO, 2000, p. 185-6). As razões são distintas e se complementam no propósito de avigorar a abertura das Instituições de Ensino Superior (IES) ao seu uso. Elas alternam entre o respeito aos diferentes modos de aprendizagem, operando uma espécie de conformação do ensino às idiossincrasias a partir da estruturação de um processo centrado no aluno, e não mais no professor; a promoção da autonomia do discente e seu reconhecimento enquanto sujeito ativo da construção do saber, em franca ruptura com a perspectiva do aluno-receptor; a eficientização do tempo dedicado ao aprendizado; a redução dos custos institucionais com recursos humanos; e a ampliação da acessibilidade ao conhecimento, ao ensino superior e à Universidade, que, nesse compasso, é física, tal como em nuvem.

Em contrapartida, constam no recente relatório publicado pela *New Media Consortium*, em colaboração com o *EDUCAUSE Learning Initiative* (BECKER; et. al., 2017), um conjunto não menos significativo de problemas no que diz respeito à efetividade da inserção de tecnologias no plano educacional. Nesse sentir, o relatório dá conta de entraves relevantes – e rotineiramente negligenciados – à consecução harmônica da relação ensino-tecnologia, dentre os quais merecem destaque os persistentes problemas de equidade digital, quer dizer, a assimetria em relação ao real acesso a tecnologias em países desenvolvidos e em desenvolvimento; a deficiência referente ao gerenciando da obsolescência do conhecimento gerada pelo avanço extenuante de recursos, dificultando a sua manutenção atualizada, em conjunto com a amplitude da coleta de informações sem a organização e a transformação devidas, quer dizer, sem a transmutação da informação em conhecimento; e, por fim, as dificuldades decorrentes da adaptação dos currículos e do corpo docente a esse contexto, o que requer muito mais que o simples aditamento de recursos tecnológicos em planos de ensino, apontando-se para a necessidade de refletir a respeito da atividade docente e, se for o caso, redefini-la. É a este último ponto que se volta este estudo.

Portanto, há um direito de negar a utilização de recursos tecnológicos na prática do ensino superior? O mote das considerações a seguir é construir uma aproximação de resposta a essa questão na perspectiva do Direito Constitucional brasileiro e da teoria dos direitos fundamentais, considerando-a como um problema parcial da definição do conteúdo e alcance do direito fundamental à liberdade acadêmica. Tal propósito requer alguns acordos de cunho metodológico, os quais figuram ao molde de delimitação do objeto de análise e exclusão de questões tangenciais. Em primeiro lugar, conforme ressaltado, o tema é avaliado numa perspectiva fundamentalmente dogmático-constitucional. Além do mais, o foco de observação é exclusivamente o professor e sua margem de decisão acerca do uso de tecnologias, excluídos outros



atores do processo educacional (direção institucional e alunos, especialmente), pelo menos a título principal. Quanto ao viés de atuação docente no plano universitário, interessa apenas a consecução da atividade de ensino - afastadas, pois, as reverberações do uso de tecnologias na pesquisa e na extensão<sup>1</sup> - e, quanto às etapas em que ele se desenvolve, apenas a formação em grau superior. Para mais que isso, em virtude do franco propósito de ofertar resultados ajustados ao contexto brasileiro, a legislação-base e os dados diretos manejados são preponderantemente locais.

Finalmente, é de notar que a conjugação Universidade-tecnologia sinaliza uma rede de questões ainda mais ampla. Não é de pequena incidência, nesse seguimento, a utilização de redes sociais por parte de professores com o propósito de manifestar suas convicções a respeito de pontos sensíveis tais como gênero, terrorismo e religião, a exemplo do amplamente noticiado caso envolvendo Steve Salaita, professor não contratado pela Universidade de Illinois (EUA) por causa das suas postagens anti-Israel na rede *twitter*<sup>2</sup>. De outra banda, o progressivo recrudescimento das IES para a transferência de tecnologias e geração de inovação (utilizando-se, para tanto, de outras tecnologias) aponta para uma suposta subserviência do *campus* ao Mercado (AGHION; DEWATRIPONT; STEIN, 2005), num ciclo de retroalimentação (uso de tecnologia para produção de tecnologia e absorção do produto). Não é difícil perceber que, em alguma medida, estas controvérsias estão relacionadas à nossa análise – o

---

<sup>1</sup> É sabido que a Constituição Brasileira, em seu artigo 207, consagra a indissociabilidade entre pesquisa, ensino e extensão, dando continuidade aos fins da Reforma Universitária de 1968, quando ficou assentado que “todo professor deve investigar e, de algum modo, criar e [...] todo pesquisador deve ensinar e, de alguma forma, transmitir diretamente ao estudante o resultado de sua investigação” (MEC, 1983, p. 36). Obviamente essa relação não é negada aqui, consistindo o recorte apenas em uma estratégia de abordagem do tema.

<sup>2</sup> Em 2013, foi ofertada a Salaita uma vaga de professor na Universidade de Illinois, para início em agosto de 2014. Antes de sua contratação efetiva, Salaita, que é filho de jordaniano, escreveu mensagens no *twitter* criticando a ação militar israelense em Gaza que foram amplamente consideradas antisemitas, o que gerou a opção da Universidade por não contratá-lo (THE GUARDIAN, 2015).

professor, quando se vale de espaços virtuais para manifestar sua opinião, está sempre, concomitantemente, ensinando?; em sendo o artífice dos próprios recursos tecnológicos a serem implantados também no âmbito do ensino, especialmente produzidos a partir de pesquisas acadêmicas, competiria ao professor negar-lhes o uso e interromper o ciclo? Os limites da abordagem faz com que passemos à margem de uma atenção detida a essas questões. Contudo, o quanto possível, ao suscitar o tema, abrimos a possibilidade de (re)pensá-las desde as conclusões assentadas.

## **1 A liberdade de ensinar e suas dimensões – o direito à realização de escolhas metodológicas**

A liberdade de ensinar compreende um componente da liberdade acadêmica que assegura que professores sejam livres para a abordagem, em sala de aula, dos assuntos de sua incumbência. Essa definição, em franco alinhamento à tradição norte-americana de disciplinamento da liberdade acadêmica, cujos traços iniciais foram desenvolvidos pela *American Association of University Professors* (Aaup), sinaliza para a existência de um espaço juridicamente protegido de intervenções, dentro do qual compete ao professor a tomada de decisões relevantes no tangente à gestão da sala de aula e do ensino nela executado. Trata-se, como se pode notar, de uma dimensão da liberdade acadêmica, um direito mais amplo que, para além da liberdade de ensinar, acolhe também outras liberdades parciais, quais sejam, a liberdade de pesquisa e publicação dos seus resultados, a liberdade de manifestação extramuros, isso é, fora da sala de aula e fora da Universidade (AAUP, 1940), e, ainda, a liberdade de participação do professor na gestão institucional (indicativamente, AAUP, 1915).

As dimensões da liberdade acadêmica encontram-se profundamente relacionadas. Desse modo, a liberdade de ensinar é, em certos casos, um desdobramento da liberdade de pesquisa, ou seja, aquele que pesquisa possui o direito de apresentar os

resultados de sua investigação também em sala de aula<sup>3</sup>. No Brasil, essa relação tem envergadura constitucional (artigo 207), constituindo o ensino e a pesquisa (em conjunto com as atividades de extensão) as atividades para as quais se voltam o ensino universitário. No mesmo sentir, é fácil perceber a aproximação entre liberdade de ensinar e liberdade extramuros<sup>4</sup>. Esta remete à faculdade conferida aos professores para expressarem suas opiniões, enquanto cidadãos, fora da sala de aula, sem que isso importe qualquer sorte de constrangimento institucional (POST; FINKIN, 2009, p. 127). A conjugação entre liberdade de ensinar e liberdade extramuros se dá, portanto, às avessas: a manifestação protegida por esta última não compõe o exercício da atividade de ensino, o qual requer a expressão docente pautada no conhecimento que possui em virtude de sua especialidade ou competência profissional. Por serem exercidas pelo mesmo sujeito, a saber, o professor, é claro, contudo, que se tangenciam. Finalmente, se se considera a Universidade como um espaço democrático, não é possível prescindir da participação do professor em sua gestão e, se isso é assim, quando contribui na tomada de decisões institucionais, o professor o faz a respeito de atividades que lhe dizem respeito, dentre elas o ensino.

Propriamente quanto à liberdade de ensinar cabe dizer que seu conteúdo equivale à proteção de dois tipos de conduta, ou seja, a liberdade de ensinar (componente da liberdade acadêmica) é, a seu turno, formada por liberdades parciais. Elas consistem na possibilidade de deliberar sobre o conteúdo a ser ensinado e de fazer escolhas relativas à metodologia de ensino. Entre uma e outra dimensão da liberdade de ensinar há um envolvimento um tanto

---

<sup>3</sup> É claro que nem sempre esta ligação se estabelece. Na prática, há professores que não são pesquisadores, daí a razão de serem liberdades autônomas (porém, relacionadas), sendo que a liberdade de ensinar é titularizada mesmo por aqueles que não exercem a liberdade de pesquisa (POST; FINKIN, 2009, p. 80).

<sup>4</sup> Para um tratamento específico do tema, que corresponde ao que é chamado de dimensão extramuros da liberdade acadêmica, remetemos a SARLET; TRAVINCAS, 2016.

manifesto: escolher metodologias de ensino não é algo que se possa fazer sem tomar em conta o que será versado. Daí que à primeira deliberação, qual seja, a que diz com o conteúdo, se segue a segunda, que atine à metodologia. O gerenciamento da sala de aula requer, pois um sujeito ativo no comando da atividade do ensino, que decide acerca do que versar e de como versar. Como autêntica liberdade profissional (ou exercida por causa de uma profissão), a liberdade de ensinar está sujeita a regras que, no geral, objetivam assegurar a própria prossecução da atividade de ensino, e é por isso que a compressão do sentido e alcance desta liberdade e das suas dimensões envolve, ao mesmo tempo, o entendimento acerca do modo em que ela é condicionada. Dito de outra forma, enquanto liberdade, ela se perfaz nos termos de (e não à revelia de) de condições, que configuram verdadeiros limites ao seu exercício.

É esse o exato ponto para o qual se volta nossa atenção. No disciplinamento de limites procede-se a uma diminuição da expectativa de gozo da liberdade de ensinar como um todo e da liberdade de realizar escolhas metodológicas em particular, e o que é urgente aferir é se os contornos de tais limites envolve a negação da possibilidade de recusar o uso de recursos tecnológicos para a promoção do ensino dado o corrente discurso eficientista que os acompanha<sup>5</sup>. Em sendo a liberdade de ensinar um direito subjetivo - os quais, por definição, comportam uma faculdade de fazer ou não-fazer algo - cumpre saber se há, de fato, quanto à dimensão relacionada às escolhas metodológicas, um direito de não-fazer correspondente a não-escolha do uso de tecnologias no empreendimento do ensino, e, na hipótese de uma resposta positiva ao questionamento, qual a extensão dessa liberdade.

---

<sup>5</sup> Razões em proveito da eficiência do ensino mediado por tecnologias são, no geral, o elenco das vantagens do aporte fornecido por essas ferramentas, parte já enunciado aqui. Para uma consideração mais abrangente sobre o discurso da eficiência, confirmando-o, v. GUMPORT; CHUN, 1999. A título de contraponto, impende apontar, como o faz Ramage (2002), a publicação, ainda nos anos 90, dos resultados de uma extensa pesquisa elaborada por Thomas L. Russell que se voltou a comparar o ensino à distância e o ensino presencial e afirmou, à maneira de conclusão, que a eficiência nem é maior nem é menor daquele primeiro em relação ao último.

Tendo em conta a tutela constitucional brasileira conferida à liberdade acadêmica, e à liberdade de ensinar em particular, notadamente com a previsão de um conjunto de princípios norteadores do ensino no Brasil no artigo 206 do texto constitucional, entre os quais as liberdades de “aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (inciso II), que se encontra também reproduzido no artigo 3º, II da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), somada à abertura a que dá consecução o artigo 5º, §2º, da CF, apta sustentar um processo contínuo de atualização do rol de direitos designados fundamentais pelo poder constituinte, é de conceber, como ponto de partida à disciplina da liberdade acadêmica no Brasil, que ela constitui um genuíno direito fundamental a merecer leitura desde a aplicação do regime jurídico reservado a tais direitos e dos desdobramentos dogmático-constitucionais nessa seara. Assim sendo, a liberdade de realização de escolhas metodológicas é uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção do direito fundamental<sup>6</sup> à liberdade de ensinar, o qual exige uma definição precisa.

Pois bem, historicamente, a formação dos currículos – e, nesse passo, das balizas do ensino – é marcada por discussões pertinentes ao conteúdo a ser ensinado, sendo que somente de modo gradual é que se passa ao debate a respeito do modo de ensinar (EGAN, 2003, p. 11-2). Decisões acerca da maneira de ensinar se referem a diferentes aspectos. Diz-se que ela compreende a escolha do método, das técnicas de ensino e dos recursos pedagógicos, havendo entre eles um forte entrelaçamento, mas também algumas distinções. Método é a organização de recursos e procedimentos para a aprendizagem; técnicas de ensino são os modos de condução da aprendizagem e recursos pedagógicos são ferramentas (GIL, 1997, p. 109). Entre os recursos aplicados ao ensino estão os tradicionais quadro e pincel, além de vídeos, redes sociais, *storytelling*, banco de

---

<sup>6</sup> Para o sentido de “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais seguimos J. J. Gomes Canotilho, para quem ele é a parcela da vida elevada a objeto de proteção das normas jurídicas (CANOTILHO, 2003, p. 1262).

dados, livros, jogos e cadernos digitais, no geral acessados e manuseados por meio de computadores e *smarthphones* conectados à *internet* (FGV, 2015, p. 27 e seq.). A opção quanto ao uso de tecnologia é, por conseguinte, referente ao tipo de recurso pedagógico a ser usado para ensinar algo.

É sabido que o uso de recursos tecnológicos no ensino ilustra uma curva ascendente. A aplicação dessas ferramentas é uma demanda de maior ou menor amplitude a depender da modalidade de ensino em causa, pelo que se depreende que sua utilização pode ser pontual ou mesmo integrada ao próprio tipo de educação ofertada. Daí o uso corrente da expressão *e-learning* para englobar o “processo de ensino/aprendizagem efetivamente formal, produzido quando o tempo e/ou a localização física do professor é diferente da do aluno” [trad. nossa] (UNESCO, 2007, p. 7). Para a determinação do conteúdo protegido com a previsão do direito fundamental à liberdade de ensinar no que é pertinente a preferências metodológicas é preciso, pois, considerar e estabelecer, pois, as diferenças entre as designadas modalidades de ensino e suas variações assentadas na frequência do uso de tecnologias. Cuidamos disso a seguir.

## **2 Recursos tecnológicos e modalidades de ensino – uso esporádico de tecnologias, blended courses e ensino integralmente virtual**

Discutir o ensino superior em uma conjuntura de difusão de modalidades de ensino mediadas por tecnologias requer recolocar em pauta a definição do que se compreende por sala de aula. Em sua acepção tradicional, sala de aula é o espaço físico em que professores e alunos travam uma relação que objetiva o aprendizado destes últimos, o que fundamentalmente depende de um ato prévio e intencional de ensino por parte dos primeiros. Assim, como lembra Lévy (1993, p. 8) “a escola [e as Instituições de ensino, no geral] é uma instituição que há cinco mil anos se baseia no falar/ditar do mestre [e] na escrita manuscrita do aluno”. Ocorre que, em seus

contornos atuais, a sala de aula não é necessariamente um espaço geográfico definido, mas qualquer “local, real ou virtual, em que a instrução ocorre” [trad. nossa] (AAUP, 2004). Em notória ampliação conceitual, esse espaço pode ser, portanto, físico ou não, bastando, para tanto, que tenha destinação própria ao ensino formal.

É possível inferir que, para além de uma mudança meramente conceitual, há uma alteração substancial da forma em que se relacionam professores e alunos em ambientes virtuais de ensino-aprendizagem. Algumas alterações são significativamente marcantes e, entre elas, duas valem registro. A começar, ao contrário do que ocorre em salas de aula físicas, as salas virtuais armazenam um histórico da relação entre docentes e discentes. Isso quer dizer que tecnologias transmudam o caráter irrepetível de uma aula e do processo educacional, permitindo tanto o seu refazimento (sempre que, p. ex., a aprendizagem for por qualquer razão deficitária), quanto um controle mais amplo da qualidade do processo e da própria atuação do professor por parte da IES<sup>7</sup>. Em segundo lugar, o recurso a tecnologias tem o condão de potencializar a capacidade do aluno de participar ativamente do processo educacional na medida em que o move da posição de receptor para a posição de coprodutor do conhecimento, e disso se pode extrair a pertinência de repensar, igualmente, a figura do professor, que passa a fazer as vezes de um facilitador e incentivador dentro do processo educacional, ao invés de seu único determinador.

O modo e a frequência do uso de tecnologias para a educação são decisivos para a caracterização de sua modalidade. Assim, é

---

<sup>7</sup> Esse é um aspecto que, a despeito de transpassar o objeto deste estudo, constituindo outra perspectiva de problematização da liberdade acadêmica em relação ao uso de tecnologias, é extremamente controverso e merece ser avaliado. Como ensinam McCluskey e Winter (2014, p. 124), “a existência de um mapa da sala de aula é uma mudança significativa em relação a tudo que havia antes. Uma vez que há um modelo que pode ser comparado com outros planos, o papel do professor de artesão individual é profundamente alterado. Agora temos dados que podem ser gerenciados, manipulados e comparados a outras aulas similares. O perigo é que, ao passo que medimos o aprendizado também restringimos a liberdade do professor de interpretar, repensar ou questionar os pressupostos de suas disciplinas” [trad. nossa].

possível que recursos tecnológicos sejam usados apenas esporadicamente no processo de ensino que se dá em salas de aula físicas. Professores podem estruturar suas aulas quase que integralmente pautados em ferramentas tradicionais como livros físicos e exposição em quadro branco, e recorrer ocasionalmente a um ou outro meio de comunicação virtual de modo não sistematizado e planejado. De outra banda, também ocorre de o uso de ferramentas tecnológicas ser previamente planejado pelo professor e constituir elemento imprescindível para a consecução de parte do processo educacional. Nessa ocasião, passa-se a falar em ensino conjugado ou híbrido, que ganha na expressão *blended courses* sua maior difusão. Essa modalidade de ensino e aprendizagem demanda a realização de parte do processo educacional em salas de aula físicas e parte em ambientes virtuais, quer dizer, em salas *online*. No tocante à etapa mediada por tecnologias, compete ao aluno, p. ex., desenvolver sua capacidade individual de pesquisa e interagir com outros alunos e com o professor em *chats* e programas virtuais. O ensino é processado à distância, mas há obrigatoriamente circunstâncias em que a sua operacionalização é presencial, ou, na síntese de Graham (2006, p. 4) é o resultando de uma “combinação *online* e face a face” [trad. nossa].

Quando o ambiente virtual é o único local para o desenvolvimento do ensino, ele perde o seu caráter híbrido. O ensino exclusivamente virtual é uma tendência fortemente marcada pela expansão dos nomeados *Massively Open Online Courses* (*Moocs*). Trata-se de modalidade de cursos ancorada na conectividade e nas premissas de atendimento a número indeterminado de pessoas, gratuidade e acessibilidade *online*. Desde as suas primeiras formatações até o presente, os *Moocs* atestam um crescimento rápido, tendo como trunfo especialmente o baixo custo que acarretam em relação ao raio de ação que atingem. Sua invenção se deve a três pesquisadores da Universidade Stanford - Andrew Ng, Daphne Koller e Sebastian Thrun - cujo objetivo esteve aliado a conjugar ensino e *internet* (BOOKER, 2013). Para a confecção de cursos desta modalidade sobram ofertas de plataformas virtuais



especializadas com diferentes direcionamentos e ferramentas, dentre as quais um destaque cabe para aquelas utilizadas por Universidades com prestígio no cenário da educação nacional e internacional, como a Coursera (utilizada pela USP e Unicamp, sem contar as Universidades de Stanford, Princeton, Columbia e Yale), a Veduca (USP, Unicamp, UnB) e a edX (plataforma de cursos gratuitos da Universidade de Havard).

Do dito até aqui acerca das modalidades de ensino em que as ferramentas tecnológicas têm alguma participação, podemos considerar a existência de uma relação diametralmente oposta entre a extensão de liberdade docente quanto a escolhas metodológicas e o nível de vinculação da modalidade de ensino à tecnologia. De tal sorte, em relação a cursos em que o uso de tecnologias é esporádico, a liberdade docente é consideravelmente maior do que no que diz respeito a cursos híbridos. Por seu turno, concerte a cursos integralmente virtuais é seguro afirmar que uma tal liberdade sequer existe sob pena de frustração do próprio ensino. Estas conclusões são indicativas de que a liberdade de ensino do professor pode sofrer variações de grau. Quais são as condições de um cenário cambiante como esse no Brasil é questão que requer uma passagem pelo plexo de normas que versam sobre a matéria.

### **3 Base normativa para a inserção de tecnologias no ensino superior brasileiro – a positivação do discurso da eficiência**

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, prevê a educação enquanto direito fundamental, reservando aos artigos 205 a 214 um tratamento analítico do tema. A considerar o referido bloco normativo, é especialmente o artigo 207 que denota a opção constituinte por consagrar a Universidade como espaço reservado à promoção do ensino superior, assinalando, ainda mais, a sua autonomia didático-científica, administrativa e financeira. Particularmente no que se refere à autonomia didático-científica, é de considerar a finalidade de reconhecê-la para assegurar às

Instituições a organização do ensino, da pesquisa e da extensão a serem ofertados, viabilizando decisões de cunho curricular. Em seu artigo 53, a LDB pormenoriza em um rol não exaustivo um conjunto de condutas relacionadas à garantia da autonomia institucional naquele particular, a exemplo da criação e reformulação de cursos e programas de ensino (incisos I) e da fixação de currículos (inciso II). Nesse passo, não é custosa a conclusão de que a primeira oportunidade decisória no que toca à inclusão de tecnologias para a desenvoltura do ensino cabe às IES e seu corpo diretivo e pedagógico, no gozo da designada autonomia.

A própria LDB não versa detidamente acerca do uso de tecnologias no ensino superior, limitando-se a estabelecer a solidariedade dos entes federativos quanto à promoção de políticas públicas de formação e capacitação de professores, que poderá se dar com a utilização de recursos e tecnologias de educação à distância (artigo 62), além de firmar o dever do Estado de incentivar o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino à distância, em todos os níveis e modalidades (artigo 8o). De sua vez, o recente Decreto nº 9.057/2017<sup>8</sup>, criado com a finalidade de regular este último dispositivo, definiu educação à distância como “a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorra com a utilização de *meios e tecnologias de informação e comunicação*, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos” (artigo 1º) [grifamos], destacando, ainda, em seu artigo 11, que as IES que almejem a oferta desta modalidade de ensino dependem de prévio credenciamento, que servirá para a disponibilização exclusivamente de cursos de graduação e de pós-graduação *lato sensu* (§ 2º). Constam dos dados do Ministério da Educação (MEC) a

---

<sup>8</sup> No Brasil, a regulamentação do EAD consta, ainda, das Diretrizes para a Educação a Distância (DED) oriundas do Parecer nº 41/2002 do CNE/CEB, da Portaria nº 40/2007 do MEC e da Resolução nº 4/2010 do MEC, que acabaram, em grande medida, positivadas no Decreto supramencionado.

existência de mais de 300 (trezentos) cursos superiores oferecidos atualmente no Brasil na modalidade EAD e uma ascendente e contínua atualização desse numerário<sup>9</sup>.

O referido Decreto se soma ao Plano Nacional de Educação (PNE) vigente - Lei nº 13.005/2014 -, que entre as 20 (vinte) metas multidimensionais para concretização pelo Estado até o ano de 2024, ressalta os deveres do Estado de “elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos...” (meta 12) e de “elevar a qualidade da educação superior...” (meta 13). A relação entre a expansão do ensino e o uso de tecnologias é manifesta quando a regulamentação empreendida pelo Decreto permite a oferta do ensino à distância sem exigir o credenciamento prévio da IES para a oferta presencial. No mais, permeia todo o PNE uma silente anuência quanto à capacidade do uso de tecnologias no que diz com a geração de ensino com qualidade, o que se pode notar, p. ex., na relação travada entre tecnologia e promoção de acessibilidade a pessoas com deficiência (estratégia 4.6) e na diretriz para a reforma curricular dos cursos de licenciatura e estímulo à renovação pedagógica “... incorporando as modernas tecnologias de informação e comunicação” (estratégia 15.6).

A par da tendente incorporação do discurso da eficiência tecnológica na legislação educacional, é preciso ressaltar a conservação de alguma dimensão de liberdade docente em virtude da qual cabe ao professor participar do processo decisório de *escolher usar, o que usar, como usar e quando usar* tecnologias no ensino. Para um tom conclusivo quanto às margens legislativas para a escolha de recursos tecnológicos no ensino é preciso, contudo, um passo além.

---

<sup>9</sup> São listados 314 (trezentos e quatorze) cursos superiores EAD, distribuídos, por região, da seguinte maneira: região sul - 21 (vinte e uma) IES públicas e 62 (sessenta e duas) IES privadas; região sudeste - 33 (trinta e três) IES públicas e 100 (cem) IES privadas; região centro-oeste - 10 (dez) IES públicas e 14 (quatorze) IES privadas; região norte - 11 (onze) IES públicas e 6 (seis) IES privadas e região nordeste - 32 (trinta e duas) IES públicas e 25 (vinte e cinco) IES privadas (MEC, 2017).

Não passa despercebida a proeminente atuação do Poder Executivo, e, em especial, do Conselho Nacional de Educação (CNE), órgão colegiado integrante do Ministério da Educação (MEC), em relação à criação normativa com vistas a disciplinar as atividades de ensino em IES. No gozo dessa competência é que são firmadas as Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN), as quais constituem matrizes normativas para a estruturação curricular dos cursos de graduação no Brasil, assentando-se na estreita faixa entre o direcionamento e o respeito à autonomia institucional. Sabendo disso, optamos por uma análise amostral de DCN de diferentes cursos com vistas a averiguar a existência de condicionamentos específicos no sentido da exigência de utilização de tecnologias no ensino, o que evidentemente redundaria no estreitamento da dimensão de liberdade do professor.

No contexto do ensino superior brasileiro, a organização e administração dos cursos e dos seus respectivos projetos pedagógicos tem como marco referencial o tabelamento de Áreas do Conhecimento desenvolvido pelo MEC/CNPq. Sua estrutura contém 4 (quatro) níveis de catalogação, designados “Grande Área”, “Área Básica”, “Subárea” e “Especialidade”<sup>10</sup>. São reconhecidas 8 (oito) grandes áreas do conhecimento, sendo 7 (sete) delas com designação específica e 1 (uma) com caráter aparentemente residual intitulada “Outros”. Para o prosseguimento da pesquisa, consideramos todas as referidas grandes áreas com exclusão desta última, em virtude da ausência de elemento unificador do conhecimento ajuntado, totalizando, portanto, 7 (sete) grandes áreas do conhecimento. A seguir, dentro de cada “Grande Área”, selecionamos aleatoriamente 1 (uma) “Área Básica”, sempre que a DCN tenha sido criada para ela e não para a “Grande Área”. O

---

<sup>10</sup> A “Grande Área” agrupa áreas do conhecimento segundo a afinidade entre os seus objetos de estudo e os seus métodos de conhecimento. De seu turno, a “Área Básica”, reúne conhecimentos inter-relacionados de uma mesma “Grande Área”. A “Subárea” compreende a junção de conhecimentos de uma mesma “Área Básica” que possuem objetos de estudo e métodos aproximados. Por fim, a designada “Especialidade” é definida pelo tema principal de ensino, podendo compor a estrutura de uma ou mais “Grande Área”, “Área Básica” e “Subárea” (MEC, 2016).

caráter livre da escolha foi parcialmente afetado pela intenção de obter representatividade de cursos de Bacharelado e Licenciatura<sup>11</sup>, decorrendo a eleição de 4 (quatro) áreas básicas cujos cursos são ofertados apenas na modalidade Bacharelado e 3 (três) áreas básicas em relação às quais há oferta de cursos de Licenciatura. A aplicação dos filtros indicados resultou na seguinte seleção:

*Tabela 1 – Seleção de Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) conforme a “Grande Área” e “Área Básica”, abrangendo cursos de Bacharelado e Licenciatura.*

| <i>Grande Área</i>         | <i>Área Básica</i>    | <i>Modalidade</i>        | <i>DCN</i>                    |
|----------------------------|-----------------------|--------------------------|-------------------------------|
| Ciências Exatas e da Terra | Ciência da Computação | Bacharelado/Licenciatura | Resolução CNE/CES n° 5/2016   |
| Ciências Biológicas        | não selecionada       | Bacharelado/Licenciatura | Resolução CNE/CES n° 7/2002   |
| Engenharias                | não selecionada       | Bacharelado              | Resolução CNE/CES n° 11/2002  |
| Ciências da Saúde          | Medicina              | Bacharelado              | Resolução CNE/CES n° 4/2001   |
| Ciências Agrárias          | não selecionada       | Bacharelado              | Resolução CNE/CES n° 1/2006   |
| Ciências Sociais Aplicadas | Direito               | Bacharelado              | Resolução CNE/CES n° 9/2004   |
| Ciências Humanas           | História              | Bacharelado/Licenciatura | Resolução CNE/CES n° 13/2002. |

Fonte: produzido pelas autoras.

Ato contínuo à catalogação das DCN, observamos a previsão (ou não) de dispositivos atinentes à metodologia de ensino, e, em especial, ao uso de tecnologias como recurso metodológico. A Resolução CNE/CES n° 1/ 2006, em seu artigo 7º, inciso V expressamente estabelece, quanto aos cursos de Ciências Agrárias, que “os núcleos de conteúdos poderão ser dispostos, em termos de carga horária e de planos de estudo, em atividades práticas e teóricas, individuais ou em equipe, tais como: (...) b)

---

<sup>11</sup> Licenciatura compreende “curso superior que confere ao diplomado competências para atuar como professor na educação básica, com o grau de licenciado” (artigo 4.1.2), enquanto Bacharelado consiste em “curso superior generalista, de formação científica ou humanística, que confere ao diplomado competências em determinado campo do saber para o exercício de atividade profissional, acadêmica ou cultural, com o grau de bacharel” (artigo 4.1.1) (MEC, 2007).

experimentação em condições de campo ou *laboratório*; c) *utilização de sistemas computacionais*” [grifamos]. Por sua vez, a Resolução CNE/CES nº 7/2002 é categórica no sentido de que “nos conteúdos de Física, Química e Informática [dos cursos de Engenharia], é obrigatória a existência de *atividades de laboratório*” (artigo 6º, § 2º) [grifamos]. A Resolução CNE/CES nº 4/2001, sem apontar expressamente para o uso de tecnologias, determina, em seu artigo 12, que a estrutura do curso de Medicina deve “utilizar metodologias que privilegiem a participação ativa do aluno” (inciso II), além de enaltecer, entre as competências do egresso, o domínio de tecnologias de comunicação e informação (artigo 4º).

As Resoluções CNE/CES nº 7/2002, 9/2004 e 13/2002 não fazem remissão ao uso de tecnologias no ensino, e da mesma forma apresenta-se a Resolução CNE/CES nº 5/2016. Quanto à última, a ausência de um dispositivo normativo nesse sentido é irrelevante, considerando-se que estão abrangidos pela “Área Básica” Ciência da Computação. De forma ainda mais profícua, a DCN cuida de apontar para a pertinência da estruturação dos cursos de Licenciatura de modo a que formem profissionais aptos a avaliarem *softwares* e equipamentos para aplicações educacionais e de educação à distância; projetarem e desenvolverem *softwares* e *hardware* educacionais; produzirem materiais didáticos com a utilização de recursos computacionais, propiciando inovações nos produtos, processos e metodologias de ensino aprendizagem; atuarem como agentes integradores promovendo a acessibilidade digital e coordenarem projetos de ensino-aprendizagem, apenas para citar (artigo 5º, § 5º).

Uma avaliação geral dos dados permite conclusões relevantes. Em primeiro lugar, cursos que alternam entre aulas teóricas e práticas em laboratórios naturalmente exigem a utilização de recursos tecnológicos. Pode-se dizer que a margem de liberdade docente nas referidas áreas é restrita. Não compete ao professor escolher usar ou não usar tecnologia no âmbito do ensino, o que não é o mesmo que afirmar que não sobra ao docente qualquer espaço de manobra atinente a metodologias de ensino. Se se concebe –

como, no mais, é o que temos feito – que a liberdade nesse contexto também equivale à escolha de quais recursos usar e como e quando usá-los, então há uma limitação quanto a escolhas de matriz metodológica, mas não o esvaziamento dessa liberdade. Na conjuntura das áreas de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, o perfil dos cursos é indicativo de uma maior amplitude da liberdade docente no tocante ao uso de tecnologias para o ensino, o que porventura justifica a omissão das DCN sobre o tema.

Aportando no plano interno das IES, é cabível questionar se um tal direcionamento no sentido do uso de tecnologias não constitui uma opção tomada no plano da gestão pedagógica por parte do corpo diretivo institucional, o que igualmente teria o condão de distanciar o professor da decisão quanto ao manejo dos recursos. Pensando nisso, consideramos distintas Instituições de ensino brasileiras com o propósito de conhecer e avaliar seus compromissos de base fixados nos seus Estatutos, almejando encontrar neles indicativos de opções institucionais voltadas para a implementação de tecnologias como resultado do uso de sua autonomia didático-pedagógica. Para a escolha das IES, selecionamos 2 (dois) *rankings* de Universidades elaborados para mensurar a qualidade do ensino, a saber, o *Times Higher Education World University Ranking* (2019) e o RUF (2018), *Ranking Universitário Folha* – o primeiro é maior *ranking* internacional de desempenho universitário de que se tem notícia, abrangendo 980 (novecentos e oitenta) Instituições de ensino; por sua vez, o segundo é um balizador de referência no âmbito nacional que escalonou, no ano-base avaliado, mais de 190 (cento e noventa) IES<sup>12</sup>. Consideramos as Universidades brasileiras que aparecem em ambos os *rankings* e elegemos 1 (uma) Instituição por região geográfica. Como não há nenhuma IES da região norte que apareça simultaneamente nos dois

---

<sup>12</sup> Os indicadores de cada um dos *rankings* são próximos, porém não idênticos. O *Times Higher Education World University Ranking* avalia 5 (cinco) dimensões: Ensino - ambiente de aprendizado; Pesquisa - volume, investimento e reputação; Citações - influência da pesquisa; Captação de recursos da indústria - inovação e Perspectiva internacional (TIMES HIGHER EDUCATION, 2019). O RUF, de outra banda, avalia as Instituições considerando a sua qualidade em Ensino, Pesquisa, Mercado, Inovação e Internacionalização (FOLHA, 2018).

*rankings*, exclusivamente em relação a esta região elegemos IES catalogada apenas no *ranking* nacional. Na seleção, atentamos para a inclusão de Instituições públicas e privadas, optando aleatoriamente por qual região seria representada por um e outro tipo. De tudo decorreu a filtragem da Universidade de São Paulo (USP), IES pública, representando a região sudeste, ocupante da faixa 251-300 no *ranking* internacional e 1ª posição no nacional; a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), IES privada, representando a região sul, ocupante da faixa 800-1000 no *ranking* internacional e 18ª posição no nacional; a Universidade Federal do Ceará (UFC), IES pública, situada na região nordeste, faixa 1000+ e 12ª posição respectivamente nos *rankings* internacional e nacional; a Universidade Federal de Goiás (UFG), IES pública, região centro-oeste, faixa 1000+ no *ranking* internacional e 20ª posição no *ranking* nacional e a Universidade Nilton Lins (UNINILTONLINS), IES privada, localizada na região norte, 165ª posição no *ranking* nacional.

A UFC destaca, entre seus objetivos institucionais gerais, o compromisso com a produção de tecnologia (artigo 4º, e) (UFC, 2017). De seu lado, a PUCRS concebe como objetivo o desenvolvimento tecnológico (artigo 7º, III) e aduz à missão dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* de promoverem avanços tecnológicos (artigo 56) (PUCRS, 2016). A UFG reconhece enquanto um de seus princípios norteadores o estímulo ao desenvolvimento tecnológico (artigo 4º, VII) (UFG, 2013). Tendo-se por certa a relação cíclica entre uso e produção de tecnologia, é de inferir que as finalidades abraçadas pelas Instituições referidas não prescindem do uso de recursos tecnológicos. De forma mais assertiva que as anteriores, a UNINILTONLINS institui como missão “a relação ecológica e dialógica com a sociedade, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e das pesquisas científicas e tecnológicas geradas na Instituição”. A USP, por sua vez, não compreende em seu Estatuto qualquer referência direta ou indireta à utilização dessas ferramentas.



A leitura dos dados apresentados acolhe a interpretação de que as Instituições selecionadas aludem preponderantemente de maneira indireta à utilização de tecnologias no ensino, resguardando, ao menos aparentemente (já que considerados somente os dados normativos, sem confrontação com a prática desenvolvida nos referidos *campi*), espaços de exercício da liberdade docente em relação a escolhas metodológicas.

De um modo geral, a aproximação operada à base normativa vigente a respeito do uso de recursos tecnológicos no ensino revela um confesso fomento à expansão do manejo tecnológico *dentro e para* as Instituições e suas atividades principais. Em contrapartida, não é possível afirmar um esvaziamento da liberdade docente quanto à opção pelo uso, ou não, destes recursos, posto que ausente, em qualquer plano (a dizer, nas normas gerais atinentes à educação, nas DCN e nos Estatutos institucionais), um dever categórico nesse sentido, havendo pertinência ponderar a existência, no máximo, de uma faculdade de uso, que deve ser considerada quando do planejamento do ensino, sendo justificável a sua não utilização em determinadas circunstâncias. Resta avaliar a extensão do então suposto direito de recusa por parte do professor desde uma perspectiva dogmático-constitucional, o que empreendemos a seguir.

#### **4 Recusa à utilização de tecnologias na prática do ensino superior – se há um tal direito, qual a sua extensão?**

Conforme assentado, o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de ensinar compreende duas liberdades parciais, a saber, a liberdade de determinação dos conteúdos a serem ensinados e aquele que diz com a eleição das metodologias a serem utilizadas. Concernente a esta última liberdade, temos que ela aduz à feitura de escolhas atinentes aos métodos e às técnicas de ensino, bem como aos recursos pedagógicos a serem manejados, figurando a utilização de tecnologias precisamente neste nicho. A considerar os dados levantados, o conjunto normativo referente ao

tema no Brasil e os aportes teórico-constitucionais desenvolvidos, compete avaliar se convém falar em liberdade para recusar o uso de recursos tecnológicos no ensino superior ou se tal faculdade é negada ao professor posto constituir legítima restrição à liberdade de ensinar concebida como um todo.

Sem que mereça repisarmos as discussões que circundam a teoria dos direitos fundamentais quanto à fixação de limites e restrições nessa seara, vale ao menos a sinalização no sentido de que limites são sempre afetações aos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais que os reduzem a fim de que seja definida a proteção conferida a cada direito em condições fáticas e jurídicas determinadas (ALEXY, 2008, p. 281). A mais que isso, também é de lembrar que a capacidade de um direito fundamental suportar restrições tem, por óbvio, limites, daí a razão de aparentes processos de restrição resultarem, ao fim e ao cabo, em autênticas violações de direitos. Por causa disso, em se tratando de definir a possibilidade de recusa ao uso de tecnologias no ensino, o que se quer saber, em outras palavras, é se retirar esta exata conduta do âmbito de proteção do direito à liberdade de ensinar configura uma restrição legítima ao direito, pelo que o professor pode ser impelido por determinações normativas internas ou externas à Instituição a inescapavelmente usar tecnologias para o ensino, ou se, ao contrário, estabelecer um impedimento nesse sentido é sempre uma violação à liberdade de que é titular.

O processo de estreitamento do âmbito de proteção da liberdade de ensinar, e precisamente da liberdade de realização de escolhas metodológicas, tem início com a identificação da modalidade de ensino em pauta. Não faz sentido dizer de um direito a recusar o uso de ferramentas tecnológicas quando elas são a própria condição de possibilidade do processo educacional. Como soa lógico, professores que consentem com a oferta de cursos *online* acatam automaticamente o uso de tecnologias no ensino. De sua vez, na modalidade de ensino híbrido o direito de recusa encontra um limitador, qual seja a necessidade de fazer uso de tecnologias em

parte do processo educacional. Ainda assim não é correto afirmar que o direito de escolha do professor é com isso esvaziado. Note-se que resta ao professor a liberdade para escolher, p. ex., quais ferramentas utilizará e como o fará, competindo-lhe um juízo de oportunidade e adequação tendo em conta o conteúdo curricular. Por sua vez, quando o apelo a tecnologias é apenas ocasional, não obrigatório (ainda que possa ser sugerido institucionalmente) e complementar é que o diâmetro da liberdade de recusa é mais extenso. Nesse caso, cabe ao professor recorrer ou não recorrer a tecnologias, e na hipótese em que a opção é positiva, resta-lhe uma margem ampla para decidir qual, como e quando elas serão usadas.

As condições normativas para o uso de tecnologias para o ensino no Brasil sinalizam uma subjacente confiança no uso desses recursos para a promoção do direito à educação. Não apenas o ensino à distância tem amparo na norma geral atinente à educação no Brasil, a LDB, como também os Estatutos de distintas Universidades brasileiras se referem expressa ou implicitamente ao uso de tecnologias, no geral indicando uma possibilidade, não um dever, pelo que, ao menos regimentalmente, preservam a liberdade docente. Além de tudo, as Diretrizes Curriculares Nacionais de cursos de graduação cuja oferta se dá em IES apontam para a aliança entre ensino e tecnologia. Quanto a estas últimas, aliás, pode-se grafar que há um liame mais frouxo entre o ensino e a demanda por recursos tecnológicos nos cursos de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, e, ao contrário, uma ligação bastante sólida entre eles nos cursos cujos currículos exigem práticas laboratoriais. Assim sendo, em uma segunda aproximação a determinação da extensão do direito de recusar o uso de tecnologias no ensino assinalamos o baixo grau de liberdade no segundo caso e um grau mais elevado de liberdade no primeiro.

Ao problema suscitado, qual seja se há um direito a recusar o uso de tecnologias no ensino superior, a resposta é, pois, positiva. Negar uma tal faculdade corresponde a uma violenta redução da liberdade de ensinar e torna o professor um mero reproduzidor de

expectativas estatais e institucionais quanto à disseminação de tecnologia, embaladas pela narrativa da eficiência. Mas o professor é (ou tem de ser) um sujeito ativo do processo educacional, tendo sido a ele reservada a atribuição de gerir a sala de aula e o processo de ensino que nela é executado. Nesse processo, o não uso de tecnologias tem de ser uma possibilidade porque é o professor que, em regra, tem condições imediatas de conhecer a conformação de um conteúdo curricular a um determinado recurso ou mesmo analisar o proveito do seu uso, o que pode variar a depender da turma e dos alunos para os quais é voltado o ensino. A verdadeira controvérsia é, assim, em que circunstâncias essa recusa é legítima, e as conclusões assentadas apresentam um apontamento a isso.

### **Considerações finais**

Há boas razões para creditar importância à necessidade de avaliar o que resta do direito fundamental à liberdade de ensinar numa conjuntura que, como visto, desafia a própria pertinência da existência do professor na cena educacional. Enfrentamos esse problema levado em conta um ponto bastante sensível em contextos de proliferação de cursos virtuais e aprendizagem remota, qual seja, o uso de tecnologias no processo de ensino e as possibilidades de sua recusa.

A conclusão a que chegamos, em tudo afinada à concepção de que o professor desempenha um papel relevante nesse processo, é a de que deve ser a ele assegurado um espaço de incolumidade contra intervenções estatais e/ou institucionais que tendam a solapar a face da liberdade de ensinar que lhe atribui a competência para decidir sobre a metodologia por meio da qual empreenderá o ensino. Nem de longe isso evoca uma liberdade irrestrita, o que, além do mais, contrariaria a própria submissão dos direitos fundamentais a um regime de limites e restrições.

Assim, de todo o desenvolvido, destacamos alguns argumentos principais à maneira de desfecho. Primeiramente, não há obstáculo normativo no Brasil para o reconhecimento de um

direito de recusa ao uso de tecnologias no ensino superior. É bem verdade que as normas que cuidam do tema revelam uma crença em seus efeitos positivos na medida em que reconhecem, p. ex., a potencialidade de universalização do ensino à distância. Mas não se pode depreender que isso configura algo a mais que um indicativo normativo no sentido de que tecnologias podem ser úteis quando aliadas à educação. No mais, cursos em cujas bases curriculares esteja o desempenho de atividades práticas, notadamente laboratoriais, e aqueles que são ofertados em modalidade *online* reduzem significativamente as possibilidades decisórias do professor, restando-lhes, a despeito disso e ao modo de exemplo, eventual possibilidade de escolha entre diferentes ferramentas postas a sua disposição. Finalmente, em contextos diversos a esses, em que não há notas nas diretrizes curriculares a respeito do uso de tecnologias, bem como nas modalidades de ensino em que não há nada (ou há apenas de modo parcial) em sua estrutura que requeira o uso de ferramentas tecnológicas, a amplitude da liberdade docente é significativamente maior.

## Referências

- AGHION, Philippe.; DEWATRIPONT, Mathias.; e STEIN, Jeremy C. Academic Freedom, Private-Sector Focus, and the Process of Innovation. *NBER Working Paper n° 11542*, 2005.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. 1915. Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure. Disponível em: <<https://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-0006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. 1940. Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure#4>>. Acesso em: 10 nov. 2014

- \_\_\_\_\_. 2004. Academic Freedom and Electronic Communications. Disponível em: <<http://www.aaup.org/report/academic-freedom-and-electronic-communications-2014>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- BECKER, S. Adams et. al. Higher Education Edition. *NMC Horizon Report*: Austin, Texas: The New Media Consortium, 2017.
- BOOKER, E. *Early MOOC Takes A Different Path*. *Information Week Education*. 2013. Disponível em: <<http://www.informationweek.com/software/early-mooc-takes-a-different-path/d/d-id/1108432>>. Acesso em: 08 de ago de 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 08 de ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>>. Acesso em: 08 de ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. MEC. CNPq. Tabela de Áreas do Conhecimento. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. MEC. Instituições de Educação Superior e Cursos Cadastrados. EAD Superior. 2017. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em 08 ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. MEC. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=16763-port-norm-040-2007-seres&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16763-port-norm-040-2007-seres&Itemid=30192)>. Acesso em: 19 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. MEC. Reforma Universitária: relatório do grupo de trabalho criado pelo Decreto nº 62.937/68. 3 ed., 1983.
- \_\_\_\_\_. CNE. Resolução nº 1, de 2 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces01\\_06.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces01_06.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. CNE. Resolução CNE/CES nº 4, de 7 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CESo4.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. CNE. Resolução nº 5, de 16 de novembro de 2016. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=52101-rceso05-16-pdf&category\\_slug=novembro-2016-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=52101-rceso05-16-pdf&category_slug=novembro-2016-pdf&Itemid=30192)>. Acesso em 08 ago.2017.

\_\_\_\_\_.CNE. Resolução CNE/CES nº 7, de 11 de março de 2002. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceso7\\_02.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceso7_02.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. CNE. Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceso9\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceso9_04.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_.CNE. Resolução CNE/CES nº13, de 13 de março de 2002. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CES132002.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEWEY, John. Theory of knowledge. In. MENAND, Louis (Ed.). *Pragmatism*. New York: Vintage Books, 1997.

EGAN, Kieran. What Is Curriculum?. *Journal of the Canadian Association for Curriculum Studies*. v. 1, n. 1, 2003. p. 09-16.

ESTATUTO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. 2016. Disponível em:< [http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/2016/01/Estatuto\\_PUCRS.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/2016/01/Estatuto_PUCRS.pdf)>. Acesso em: 08 de ago. 2017.

ESTATUTO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. 1988. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=consolidada-resolucao-no-3461-de-7-de-outubro-de-1988#t1>>. [Acesso em: 08 ago. 2017.](#)

ESTATUTO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOAIS. 2013. Disponível em: <[https://www.ufg.br/up/1/o/ESTATUTO\\_da\\_UFG\\_2014.pdf](https://www.ufg.br/up/1/o/ESTATUTO_da_UFG_2014.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2017.

ESTATUTO DA UNIVESIDADE FEDERAL DO CEARÁ. 2017. Disponível em: <[http://www.ufc.br/images/\\_files/a\\_universidade/estatuto\\_ufc/estatut\\_o\\_ufc.pdf](http://www.ufc.br/images/_files/a_universidade/estatuto_ufc/estatut_o_ufc.pdf)>. Acesso em: 08 de ago. 2017.

FGV. Tecnologia e um novo cenário educacional. *Ei! Ensino inovativo*. 2015. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/285036367\\_Tecnologia\\_no\\_Ensino\\_Ei\\_Ensino\\_Inovativo\\_volume\\_especial\\_2015](https://www.researchgate.net/publication/285036367_Tecnologia_no_Ensino_Ei_Ensino_Inovativo_volume_especial_2015)>. Acesso em: 16 de nov.2016.

GIL, Antônio Carlos. Metodologia do ensino superior. 3 ed, São Paulo: Atlas, 1997. p. 109.

GRAHAM, C.R. Blended learning systems: Definitions, current trends and future directions. In. BONK, C. J.; GRAHAM, C. R. (Eds.). *The Handbook of blended learning: Global perspectives, local designs*. San Francisco: Pfeiffer, 2006. p. 3-21.

GUMPORT, Patricia J.; CHUN, Marc. Technology and Higher Education: Opportunities and Challenges for the New Era. 1999. Disponível em: <<https://immagic.com/eLibrary/ARCHIVES/GENERAL/STANFORD/So00105G.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. O futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed 34, 1993.

MCCLUSKEY, Frank B.; WINTER, Melanie L. Academic freedom in the digital age. *On the Horizon*, v. 22, 2014, p. 136-146.

PICKLES, Matt. Como funciona a universidade sem professores inaugurada nos EUA. *BBC BRASIL*. 14 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37797400>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

POST, Robert C.; FINKIN, Matthew W. *For the common good: principles of american academic freedom*. New Haven: Yale University Press, 2009.

RAMAGE, Thomas R. The "No Significant Difference" Phenomenon: A Literature Review". Parkland College, 2002.



RANKING UNIVERSITÁRIO FOLHA. 2016. Disponível em: <<http://ruf.folha.uol.com.br/2016/ranking-de-universidades/>>. Acesso em 02 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. “Não existe o que panoramicamente vemos no céu”: o ponto-cego do direito (políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia). In. SAAVEDRA, Giovane Agostini; LUPION, Ricardo (Orgs.). *Direitos fundamentais: direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 11-50.

\_\_\_\_\_; TRAVINCAS, Amanda C. Thomé. O direito fundamental à liberdade acadêmica – notas em torno de seu âmbito de proteção: a ação e a elocução extramuros. *Revista Espaço Jurídico*. v. 17, n. 2, 2016. p. 529-45.

SILVIO, José. *La virtualización de la universidad*. Caracas: Unesco, 2000.

THE GUARDIAN. University of Illinois censured for pulling Steven Salaita job over anti-Israel tweets. 14 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/14/university-of-illinois-censured-for-pulling-steven-salaita-job-over-anti-israel-tweets>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

TIMES HIGHER EDUCATION WORLD UNIVERSITY RANKINGS 2016-2017. Disponível em: <[https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2017/world-ranking#!/page/0/length/25/sort\\_by/rank/sort\\_order/asc/cols/stats](https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2017/world-ranking#!/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

UNESCO. New Technologies in Higher Education: Experiences from Chile and China. 2007. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001531/153197e.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

## Avanços tecnológicos e a proteção do consumidor

*Luiza Kremer Cauduro*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

A sociedade jamais sofreu alteração tão profunda, célere e global como a ocasionada em virtude do avanço dos meios de comunicação. A internet possibilitou não só a formação de novas relações jurídicas, como também o aumento significativo de contratos realizados através do meio eletrônico.

Por um lado, tais mudanças contribuíram positivamente para o consumidor, o qual passou a ter novas possibilidades e inúmeras facilidades através do acesso irrestrito a bens e serviços. No entanto, por outro lado, as vulnerabilidades próprias do consumidor passaram a ser qualitativa e quantitativamente majoradas, se comparadas aos problemas enfrentados no mundo físico.

Certo é, pois, que, hodiernamente, a internet propicia um agravamento na denominada debilidade do consumidor, haja vista importar em maiores dificuldades técnicas para conhecimento do conteúdo do que está sendo contratado, dos direitos e obrigações advindos dos contratos e, mais ainda, quanto à própria segurança da relação havida entre os contratantes (MARQUES, 1999, p. 108).

Nesse sentido, necessário se faz o estudo das especificidades do comércio eletrônico, bem como da sua respectiva

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil e em Direito do Consumidor (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS). Graduada em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2013). Advogada.

regulamentação para, desse modo, verificar os meios pelos quais se pode garantir a imprescindível proteção consumerista, com o enfoque no direito de arrependimento.

## **2. Sociedade de consumo**

Inicialmente, imperioso ter conhecimento do que se trata a sociedade de consumo. Essa monta a sua base na eterna não satisfação dos indivíduos e, paralelamente, na depreciação e desvalorização dos produtos e serviços de consumo. Dessa maneira, a circulação de mercadorias e o consumismo são mantidos, tendo em vista que os indivíduos nunca se sentirão plenamente satisfeitos diante do volume de novidades de bens e serviços sistematicamente colocados no mercado.

Gilberto Dupas, nesse sentido, menciona que

Se trata de uma sociedade em que as novas tecnologias geram produtos de consumo novos, para que as ondas de entusiasmo, apoiadas e lançadas por todos os meios de comunicação, propagam-se instantaneamente. O telefone celular e a internet, símbolos da interconectividade, passam a ser condição de felicidade. O homem volta a ser rei exibindo a sua intimidade com a mercadoria ou identificando-se com os novos ícones, os heróis da mídia eletrônica transformados eles mesmos em mercadoria ou identificados com marcas globais. Essa relação atinge momentos de excitação fervorosa, de transe religioso e de submissão, como o observar encantado do brilho intenso e das propriedades mágicas de um celular ou de um herói da TV (DUPAS, 2001, p. 53).

Por sua vez, Zygmunt Bauman (2008, p. 22) leciona que, na sociedade do consumo, a subjetividade do sujeito está diretamente relacionada à sua capacidade de se tornar uma mercadoria vendável, ou seja, nela os indivíduos se tornam mercadorias, pelo que aduz que é a própria busca da felicidade na contemporaneidade.

Nesse sentido, é possível ter em mente que há uma excepcional e poderosa estrutura de poder que estimula o supérfluo,

o desnecessário, o consumismo, a ilusão da felicidade pelo consumo. A sociedade do consumo, na realidade, tem remodelado os indivíduos para, também, se autopromoverem como mercadoria, a satisfazerem necessidades fictícias forjadas pelo próprio mercado, sobretudo com a ajuda das tecnologias da intimação, especialmente a internet (AQUINO, 2012, p. 174).

Com isso, diante desse novo modelo de sociedade, imperiosa faz-se a proteção das relações de consumo das astuciosas estratégias de controle, submissão e conformação existentes no cenário atual.

## **2.1 O início da sociedade de consumo e os avanços tecnológicos**

O capitalismo, o mercado de consumo, as relações sociais e o Direito passaram por inúmeras modificações ao longo do século XX e do início do século XXI, em virtude da revolução tecnológica. Tal revolução criou, ao lado do espaço físico, um espaço cibernético, cuja arquitetura é marcada pela maleabilidade e pela interação.

Através dos avanços da tecnologia houve o surgimento de hábitos de consumo, além de uma nova economia, baseada na comunicação digital, relações sociais virtuais, bem como no comércio eletrônico. A possibilidade de cortar custos substanciais e aumentar lucros empresariais criou uma surpreendente escala à atividade negocial.

O estabelecimento do comércio pela internet possibilitou que negócios jurídicos diversos pudessem ser realizados; porém, as inovações nas relações de consumo a partir do uso de tecnologias de informação e comunicação, como a internet, expuseram o consumidor à vulnerabilidade, a qual está vinculada à euforia publicitária, estimulação dos desejos, exaltação da felicidade consumidora e frenesi provocada pelas estratégias de marketing.

As estratégias das empresas e o capitalismo contemporâneo não mais focaram no produto, mas sim na pessoa do consumidor. O consumidor passou a ser peça primordial da engrenagem da economia neoliberal, haja vista ter o poder aquisitivo para

proporcionar o crescimento do mercado e, ao mesmo tempo, ser um modelo de sujeito para o consumo, transformando-se, por extensão, em modelo obrigatório no âmbito das relações sociais (AQUINO, 2012, p. 172).

Gilles Lipovetsky (2007, p. 14) posiciona-se nesse sentido, ao afirmar que corresponde a uma profunda revolução do comportamento e do imaginário do consumo; de um consumidor sujeito a coerções sociais da posição, passou-se a um hiperconsumidor à espreita de experiências emocionais e de maior bem-estar, de qualidade de vida e de saúde, de marcas e de autenticidade, de imediatismo e de comunicação.

Na visão de Bruno Miragem (2008, p. 23), o fenômeno da rede mundial de computadores, desde o seu surgimento, e em face de seu desenvolvimento mais recente, integrando-se ao cotidiano de um número cada vez maior de pessoas, despertou desde logo o interesse dos juristas. Trata-se de uma realidade representativa da sociedade de consumo e do aprofundamento e complexidade das relações econômico-sociais e dos espaços de interação humana.

Dessa forma, na atualidade se reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e, sobretudo, no ciberespaço, o qual é complexo e dinâmico.

## **2.2 A necessidade de proteção consumerista**

Os avanços das telecomunicações e da informática revolucionaram a sociedade contemporânea, criaram novos padrões sociais, moldaram novos comportamentos, redirecionaram a economia e deram um impulso definitivo à globalização (ROVER, s.d., s.p.).

O aumento das demandas e pressões da sociedade de massa e da economia de mercado faz com que o Estado redefina o seu papel, tornando-se essencialmente regulador e tendo a sociedade como fonte e partícipe nesse processo em que o Direito é o seu grande instrumento (ROVER, s.d., s.p.).

Dessa forma, nesse ambiente de desenvolvimento tecnológico surge a preocupação de regulamentar e proteger as relações realizadas por meio eletrônico, em especial as que envolvem consumidores, a fim de que não sejam submetidos a abusos.

Os direitos do consumidor, no nosso sistema jurídico, são relacionados a outras garantias constitucionais, como o direito à vida e saúde, assim como à intimidade, vida privada, honra, imagem e o direito à informação, além dos princípios à isonomia, solidariedade, justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana e soberania<sup>2</sup>.

Ademais, sendo a proteção do consumidor uma política do Estado Democrático de Direito estabelecida em favor desse, toda e qualquer relação de consumo se encontra sob a égide da proteção constitucional. No entanto, é bastante comum se deparar com o desrespeito aos interesses e direitos dos consumidores desrespeitados, principalmente diante das novas estratégias de consumo providas no ciberespaço.

Claudia Lima Marques (2004, p. 253) nesse sentido aponta os desafios apresentados à ciência do Direito pela consolidação dessa nova realidade, abrangendo a despersonalização da relação jurídica, onde o sujeito consumidor é identificado não pelos meios tradicionais, mas por algoritmos combinados em forma de protocolos IP.

É certo, no entanto, que o advento das novas tecnologias não prejudica e nem pode prejudicar o nível de proteção já assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas, em determinados casos, força a busca de novas soluções e solicita ênfase à garantia de confiança e segurança jurídica devida, tanto a consumidores como a fornecedores (MOTTA, 2005, p. 253).

Na realidade, o surgimento da era digital trouxe a necessidade de uma análise pontual de aspectos relevantes que marcam esse novo meio, o qual invade a vida social. Os próprios benefícios

---

<sup>2</sup> Artigo 5º, X, da Constituição (BRASIL, 1988, s.p.).

trazidos pela tecnologia fazem com que os indivíduos dela se tornem mais dependentes e, conseqüentemente, mais vulneráveis às suas falhas e inseguranças.

Com isso, para a proteção dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor reserva direitos que na maioria das vezes não são encontrados em outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que foi criado para estabelecer princípios e garantias ao consumidor destinatário final, cujo elo é o mais frágil nas relações que são estabelecidas no mercado produtivo e de consumo.

No âmbito nacional, os contratos celebrados pela internet estão sujeitos às mesmas regras e princípios aplicáveis aos demais contratos firmados fisicamente no território brasileiro. Dessa forma, sem prejuízo da aplicação de outras normas especiais, aplicam-se as regras do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor aos negócios concretizados eletronicamente (GONÇALVES, 2010, p. 103).

O referido Código Consumerista é o alicerce para equacionar as diferenças surgidas nas relações de consumo; a ciência da tecnologia eletrônica direciona-se para constantes descobertas e a sociedade de informação é dinâmica e veloz nas inovações das relações virtuais. Essa realidade do presente avança para o futuro, pelo que o direito não pode permanecer estático, razão pela qual é necessário que o nível de proteção do consumidor acompanhe essas mudanças (MOTTA, 2005, p. 254).

Nesse sentido, em virtude do aumento das relações de consumo pela rede, foi proposto o PL 281/2012, exatamente com o fim de aprimorar o Código de Defesa do Consumidor com regras específicas para o mercado eletrônico. Temas como privacidade, sigilo de informações, discriminação ou assédio de consumo fazem parte das discussões sobre as propostas.

Dessa forma, resta evidente a vulnerabilidade do consumidor no mercado virtual e a premente necessidade de se buscar a proteção dos seus direitos difusos, para fins de se alcançar o próprio espírito da Constituição Federal.

### 3. O comércio eletrônico

A utilização da via eletrônica e, em particular, da internet, é uma atrativa ferramenta para contratar bens e serviços em nível global, viabilizar a redução dos custos das transações, bem como a maior facilidade e agilidade para as pessoas negociarem entre si (RIBEIRO, 2007, p. 106).

O comércio eletrônico, também chamado de “*e-commerce*”, trata-se da venda de bens ou serviços por intermédio de redes de telecomunicações, referindo-se, como os principais meios, o *Electronic Data Interchange* (EDI), internet, telefone, fax, televisão, pagamentos eletrônicos e transferência eletrônica de fundos (CORREIA, 1999, p. 277).

Dessa forma, todo e qualquer ajuste, quando celebrado por intermédio de algum meio eletrônico, pode ser denominado de contrato eletrônico.

Na visão de Albertin (2000), o comércio eletrônico trata-se da realização de toda a cadeia de valores dos processos de negócios em um ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa de tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. O referido autor menciona que os processos podem ser de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio a negócio, negócio a consumidor e infraorganizacional, em uma infraestrutura de informação e comunicação predominantemente pública, de acesso fácil, livre e de baixo custo.

Por sua vez, Fabiano Menke (2005, p. 36-37) bem define que um dos aspectos do meio eletrônico reside no desenvolvimento de relações que dispensam o contato presencial entre as partes, sendo certo que declarações de vontade com o fim de contrair obrigações ou, de alguma outra forma, produzir efeito jurídico na esfera alheia, não podem ser desvinculadas das respectivas autoria e integridade.

Imperioso salientar que existem dois gêneros de comércio eletrônico, quais sejam, empresa-empresa e empresa-consumidor.



O primeiro é aquele realizado entre empresas e/ou pessoas jurídicas para estabelecer trocas de informações comerciais ou adquirir produtos ou serviços como destinatários finais. O comércio empresa-consumidor, por sua vez, é aquele que versa a respeito da oferta eletrônica de produtos e serviços ao destinatário final, o qual é uma pessoa física.

Contudo, o comércio eletrônico não está somente restrito às vendas e aquisições por meio eletrônico, inclui também a oferta de produtos e serviços, sua publicidade, o intercâmbio de informações entre o *site* e o cliente, os pagamentos eletrônicos, os serviços pré e pós-venda, dentre outros.

Nesse sentido, no ambiente virtual é constante o consumidor aderir a uma situação jurídica que se encontra pré-definida, manifestando simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica, de forma a refletir apenas sobre o seu objeto de desejo (MOTTA, 2005, p. 247).

Diante desse cenário, as regras consumeristas são de extrema relevância para combater as cláusulas abusivas, de molde a se contrabalançar relação que é afetada pela perda de autonomia do consumidor diante do contrato celebrado por adesão.

### **3.1 Regulamentação do *e-commerce***

O decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. A necessidade de informações claras sobre o produto, o serviço, o fornecedor, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao exercício do direito de arrependimento são temas elencados no primeiro artigo.

Por sua vez, no artigo 2º estipula que os *sites* de comércio eletrônico ou outros meios eletrônicos devem manter em destaque e facilmente visualizável o nome empresarial e o número do CNPJ; o endereço físico e eletrônico, bem como dados para a localização e contato; as descrições essenciais do bem, incluindo os riscos à saúde

e à segurança; a especificação no preço de quaisquer adicionais, como despesas com frete ou seguro; as condições integrais da oferta, albergando a disponibilidade, formas de pagamento, maneiras e prazos de entrega ou disponibilização do produto ou de execução do serviço; as informações claras e evidentes sobre restrições ao aproveitamento da oferta.

Ainda, os artigos 4º e 6º do Decreto em questão determinam as obrigações inerentes ao fornecedor, para fins de garantir um atendimento facilitado ao consumidor. É previsto que o fornecedor deve confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; manter serviço eficaz de atendimento em meio eletrônico a fim de possibilitar que o consumidor obtenha informações, esclareça dúvidas, apresente reclamação, suspensão ou cancelamento do negócio; confirmar instantaneamente o recebimento da solicitação do consumidor pelo mesmo meio utilizado por ele; disponibilizar ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção instantânea de erros ocorridos nas fases anteriores à conclusão do contrato; utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e tratamento de dados do consumidor; apresentar antes da contratação um resumo do teor do contrato, com informações imprescindíveis para a escolha do consumidor, destacando as cláusulas limitativas de direitos; fornecer o contrato ao consumidor de forma que possa ser conservado e reproduzido imediatamente após a contratação; as contratações deverão observar o cumprimento dos termos da oferta, sendo que a entrega dos produtos e a prestação dos serviços respeitarão prazos, qualidade, quantidade e adequação inerentes.

O artigo 5º versa sobre o direito de arrependimento do consumidor ao dispor que o fornecedor deve informar, de maneira ostensiva e clara, os meios pelos quais esse direito pode ser exercido. O direito de arrependimento implica a rescisão contratual sem qualquer ônus para o consumidor, podendo ser exercido pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outras disponibilizadas pelo fornecedor.

Tarcisio Teixeira (2015, p. 83), nesse ponto, leciona que o Decreto tem por objeto dar mais segurança aos internautas que comprem pela internet, bem como estabelecer um comportamento mais adequado de vendedores, prestadores de serviço e intermediários, deixando assim as relações jurídicas mais seguras e transparentes e facilitando o acesso às informações sobre fornecedores, produtos e serviços.

Newton De Lucca (2003, p. 109), por sua vez, aduz que o referido decreto não cuida com precisão da extensão da responsabilidade civil nas compras pela internet, cujo tema será pautado fundamentalmente pelo Código Civil, nos artigos 927 e 931, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente nos seus artigos 12 e 13. Menciona, no entanto, que a doutrina é uniforme quanto à admissibilidade da aplicação do ordenamento jurídico brasileiro às relações estabelecidas no comércio eletrônico.

### **3.2 Vulnerabilidade do consumidor na rede e direito de arrependimento nas relações internáuticas**

O direito de arrependimento está previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estipula que o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone em domicílio.

O Código Consumerista visou assegurar, pois, condições para que o consumidor possa refletir sobre sua decisão de adquirir bem ou serviço com calma, protegido das técnicas agressivas de venda a domicílio, as quais implicam pressão a que o consumidor venha a adquirir determinado produto ou serviço sem a devida reflexão (MARQUES, 2004, p. 363).

No que tange às relações internáuticas, para o exercício desse direito é necessário primeiramente ter ciência se a compra realizada

através de um *site* se configura como fora do estabelecimento comercial.

Fabio Ulhôa Coelho (2002, p. 49) menciona que não caberia o arrependimento no âmbito cibernético, uma vez que, ao acessar o estabelecimento virtual, mesmo que de sua casa, estaria em paridade com aquele que visita o estabelecimento físico. Assim, afirma que o arrependimento só seria possível nos casos de agressividade no *mix* de comunicação.

O doutrinador, dessa forma, conclui que:

O direito de arrependimento é reconhecido ao consumidor apenas nas hipóteses em que o comércio eletrônico emprega marketing agressivo. Quando o website é desenhado de modo a estimular o Internauta a precipitar-se nas compras, por exemplo, com a interposição dos chamativos ícones movimentados, em que as promoções sujeitam-se a brevíssimos prazos, assinalados com relógios de contagem regressiva, então é aplicável o artigo 49 do CDC. Caso contrário, se o website não ostenta nenhuma técnica agressiva, o direito de arrependimento não se justifica (COELHO, 2002, p. 49).

No entanto, o posicionamento majoritário da doutrina é de que o artigo 49 do CDC tem aplicação imediata, uma vez que a contratação é realizada fora do estabelecimento comercial, via internet. Luiz Antônio Rizzato Nunes (2000, p. 555) menciona, nesse ponto, que, apesar de o termo “internet” não estar contido expressamente no artigo 49, inclusive porque o Código Consumerista é de 1990, deve ser incluído no rol, uma vez que a norma foi criada para dar maior proteção aos consumidores que adquirirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial, sobretudo por meio eletrônico.

O arrependimento nas compras *on-line* é bastante comum no cenário atual e viabiliza que, em sete dias, a contar da compra ou recebimento do produto, o comprador possa devolver o produto e ser ressarcido, sem a necessidade de apresentar o motivo específico, devendo apenas salientar que não corresponde ao que esperava.

Entretanto, existem algumas particularidades no negócio eletrônico, em especial sobre a sua concretização, a qual ocorre no momento da aceitação da proposta pelo comprador, como, por exemplo, através do clique afirmativo no botão, na efetiva comunicação de seus dados pessoais ou do número de cartão de crédito (ARAÚJO, 2002, p. 55). Dessa maneira, imperioso ter em mente os momentos corretos para a contagem do direito de arrependimento.

Quanto ao momento de efetivação da compra, considera-se o aceite do consumidor pela teoria da expedição, com a resposta de confirmação do pedido na tela do computador, a qual ocorre com um clique no teclado ou mouse. O prazo de sete dias para o exercício de arrependimento seria contado, entretanto, a partir da entrega do produto, como prevê a lei, sendo a entrega imediata pelo próprio meio eletrônico, a partir da certificação do cumprimento do ofertado (LIMA, 2006, p. 67).

Dessa forma, pacífico o resguardo do direito de arrependimento ao consumidor internauta. No entanto, importante mencionar que não é toda e qualquer compra realizada que estará sujeita ao direito de arrependimento. Há a exceção relativa às relações informáticas, que têm como objeto o bem informático, o qual é totalmente digitalizado.

O contrato eletrônico com bem informático apresenta um quadro totalmente novo para o mundo jurídico, uma vez que não só a sua contratação se dá por meios digitais, como também a sua execução. Nesse sentido, se um consumidor ingressar em um *site* de venda de *softwares*, adquirir o bem e proceder ao *download* do programa, não terá direito de arrependimento e a possibilidade do respectivo resgate do valor adimplido, de molde a se evitar o fomento da prática de condutas fraudulentas por consumidores de má-fé (LORENZETTI, 2001, p. 246).

Elsa Dias Oliveira (2002, p. 92) nesse viés leciona que tal exceção retrata casos em que a reposição da situação anterior já não é possível ou não é exigível, representando para o fornecedor um

risco inaceitável ou, ainda, permitindo comportamentos abusivos por parte dos consumidores.

### **Considerações finais**

Conforme se demonstrou no presente trabalho, o incremento das relações comerciais por via eletrônica implica necessariamente alterações no mundo jurídico, razão pela qual o papel do jurista é essencial para a garantia de direitos mínimos.

Na atualidade reconhece-se a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e, sobretudo, no ciberespaço, o qual é complexo e dinâmico, pelo que, ter ciência da regulamentação do *e-commerce* se faz indispensável, para fins de garantir mais segurança aos internautas que compram pela internet.

Demonstrada a fragilidade do consumidor nas relações jurídicas formadas pela internet, é patente que ao internauta deverão ser aplicadas as mesmas regras de proteção havidas para os consumidores em geral, com o mesmo grau de extensão e proteção, observada a sua caracterização ao conceito de consumidor atribuído pelo Código Consumerista (RIBEIRO, 2007, p. 97).

O referido Código viabiliza a proteção dos interesses dos consumidores nas relações virtuais, uma vez que dispõe acerca dos princípios básicos a serem observados, bem como as obrigações a serem cumpridas por parte dos fornecedores.

O direito de arrependimento no âmbito cibernético, enfoque do presente artigo, é um exemplo de situação que surgiu a partir do dinamismo da internet e do célere desenvolvimento da tecnologia. Este direito é amplamente admitido pela doutrina e jurisprudência e pode ser exercido no prazo de sete dias.

Tal faculdade foi criada com o intuito de se evitar as compras por impulso, sem a reflexão do consumidor sobre a real necessidade de adquirir o bem e a possibilidade de efetuar a respectiva contraprestação. Nesse sentido, o consumidor pode se arrepender,

uma vez que ao receber o produto, pode verificar que este não corresponde às suas expectativas.

Dessa maneira, assim como qualquer direito consumerista, é imprescindível que seja realizada a interpretação da legislação do *e-commerce* juntamente com o Código Consumerista, visando à solução mais adequada a todos os casos e a garantia dos interesses e direitos dos consumidores.

A prestação de serviços por parte dos provedores aos usuários consumidores deve contribuir para o avanço e a eficiência das relações virtuais, bem como para a concretização de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da boa-fé nas relações e da transparência.

## Referências

- ALBERTIN, A. L. **Comércio eletrônico**: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- AQUINO, Maria Alessandra dos Santos. Sociedade de consumo e publicidade: o processo coletivo como mecanismo de proteção ao consumidor nas relações de consumo pela internet. **Revista da Unicorp**, Salvador, v. 2, jan. 2012. p. 171-189
- ARAÚJO, Amanda Karina Bezerra Galdino de. O direito do consumidor na era do comércio eletrônico: análise dos aspectos estruturais e jurídicos. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal: Sergraf, a. VIII, n. 14, ago./dez. 2002. p. 43-58
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BIONI, Bruno Ricardo. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo “lulu”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 94, jul./ago. 2014. p. 283-324

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Acesso em 08 ago. 2017.

CARVALHO, Rodrigo Benevides de. A internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Internet: o direito na era virtual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95-109.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 89, dez. 2006. p. 32-37

CORREIA, Miguel Pupo. Comércio eletrônico: Forma e Segurança. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). **A responsabilidade civil na negociação informática**. Colóquio Instituto Jurídico da Comunicação, 1998. Direito da Sociedade da Informação. Separata de Volume I. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 275-293.

CRUS, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; COSTA, Carlos; ARAÚJO, Laisa Ribeiro de. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 99, maio/jun. 2015. p. 185-231

DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELPUPPO, Poliana Moreira. O consumo na internet e a responsabilidade civil do provedor. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 323-335.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade de informação**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2001.

EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth de. A responsabilidade civil das Redes Sociais na sociedade tecnológica e do consumo. **Revista Brasileira de Direito Comercial**, Porto Alegre, v. 2, n. 7, out./nov. 2015. p. 67-79



- FAINZILBER, Fernando. Direito e internet: a aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva às relações jurídicas ocorridas na internet. **Repertório de Jurisprudência IOB: Civil, Processual, Penal e Comercial**, São Paulo, v. 3, n. 13, 3/25146, jul. 2007. p. 396-382
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. Responsabilidade de instituições financeiras por fraude eletrônica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 19, n. 72, abr./jun. 2016. p. 275-311
- FREITAS, Arystobulo de Oliveira. Algumas reflexões sobre o comércio eletrônico e relações de consumo. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 89, dez. 2006. p. 21-31
- GANDELMAN, Silva Regina Dain. O mundo no espaço cibernético e seus valores – A relação entre ética e direito. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte: RDIT, v. 4, n. 6, jan./jun. 2009. p. 149-168
- GARCIA, Thais Helena B.; BUENO, Tania C. O.; HOESCHL, Hugo Cesar; BORTOLON, Andre. Sistemas inteligentes na era do governo eletrônico: uma aplicação para enquadramento legal no âmbito do direito do consumidor. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 479-490.
- GOMES, Magno Federici; SOUZA, Igor Ferry de. Contratos de consumo por meios eletrônicos. **Revista Master de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 4, n. 24, dez./jan. 2009. p. 5-22
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.
- HENRIQUE, Lygia Maria Moreno Molina. Neutralidade de rede e os impactos na relação de consumo. **Revista Jurídica Porto Alegre**, v. 453, jul. 2015. p. 37-52
- JALIL, Mauricio Schaun. Serviços de acesso rápido à internet e Código de Defesa do Consumidor: algumas breves considerações. **Revista do IASP**, São Paulo, v. 21, n. 24, jul./dez. 2009. p. 361-369

- KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Responsabilidade civil dos provedores de internet. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 3, n. 14, abr. 2007. p. 15-30
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A atualização do Código de Defesa do Consumidor: o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012 sobre o comércio eletrônico e a proteção do consumidor na internet. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 420, out. 2012. p. 9-52.
- \_\_\_\_\_. Compra de passagem aérea pela internet. Aplicação do art. 49 do CDC. Direito de arrependimento. Prazo de reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 100, jul./ago. 2015. p. 550-569
- LEMONS, Ronaldo et al. Estudo técnico-jurídico: Sistema Brasileiro de TV Digital (SBTVD) e implementação de tecnologia anticópia. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**. Belo Horizonte: RDIT, v. 2, n. 3 jul. 2007. p. 147-165
- LIMA, Eduardo Weiss Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006.
- LIMA, Rogerio Nontai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 9, n. 57, jan./fev. 2009. p. 38-50
- LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 97, jan./fev. 2015. p. 255-270
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LOPES JUNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: IOB, n. 48, 2007. p. 22-23
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

\_\_\_\_\_. Informática, cyberlaw y e-commerce, comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, 2000. p. 9-37

MADALENA, Juliano. Aplicação de internet de notícias deve indenizar consumidor por comentários postados em razão da natureza do serviço: comentário ao REsp 1.352.053/AL. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 101, set./out. 2015. p. 505-507

\_\_\_\_\_. Comentários ao marco civil da internet – Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 94, jul./ago. 2014. p. 329-350

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Perspectivas e desafios do novo marco legal da ciência, tecnologia e inovação: um comentário à Lei 13.243/2016. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 105, maio/jun. 2016. p. 549-572

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 78, abr./jun. 2011. p. 191-221

MASSO, Fabiano Dolenc Del. Livre-iniciativa, livre concorrência e direitos do consumidor como fundamentos do uso da internet no Brasil. In: MASSO, Fabiano Dolenc Del.; ABRUSIO, Juliana Canha; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto (Coord.) **Marco Civil da Internet**: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-53.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 106, jul./ago. 2016. p. 37-69

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores: critérios para identificação da relação de consumo no ciberespaço e a responsabilidade do fornecedor. Comentários ao REsp 1.193.764/SP (Jurisprudência comentada). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, jul./set. 2011. p. 407-433

\_\_\_\_\_. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 70, abr./jun. 2009. p. 41-92

\_\_\_\_\_. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS, Paulo Soares. Principais aspectos do comércio eletrônico frente ao Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (Org.). **O direito na era digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143-152.

MOTTA, Fernando Previni; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, Willian Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)**. Curitiba: OAB Seção do Paraná, 2005. p. 239-254.

NUNES. Luis Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet**. Coimbra: Almedina, 2002.

RIBEIRO, Luciana Antonini. Direitos de arrependimento nas relações internauticas. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte: RDIT, v. 2, n. 3, jul. 2007. p. 87-107.

ROVER, Aires J. **Informática no direito**: inteligência artificial, introdução aos sistemas especialistas legais. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cc.ufsc.br>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro – formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARE, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 41-59.

SILVA, Rosane Leal da; FLAIN, Valdirene Silveira; LOVATTO, Alice. Desafios à proteção do consumidor em termos de internet: a vulnerabilidade diante da publicidade de nanocosméticos em blogs de beleza. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 92, mar./abr. 2014. p. 139-159

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEIXEIRA, Tarcísio; SABO, Isabela Cristina. O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: uma análise da hipervulnerabilidade nas relações de consumo virtuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 104, mar./abr. 2016. p. 257-283

**Projeto genoma humano, Estado democrático de direito,  
direitos fundamentais e declarações internacionais:  
uma análise sob a luz da tutela da intimidade genética**

*Fabricio Vieira da Cunha*<sup>1</sup>

**1. Introdução**

Assistimos hoje ao fenômeno da expansão das tecnologias e da ciência no mundo dominado pela informação, um crescimento que ganha atenção por sua alta velocidade de propagação, trazendo, como consequência, preocupações geradas pelos impactos que esta ampliação causa no dia-a-dia. Nossa atenção, neste trabalho, será direcionado especialmente às informações genéticas. Assim, considerando as possibilidades dos impactos tecnológicos nessa área, faz-se necessário um estudo em busca de perspectivas para além de uma norma, a fim de encarar essa nova realidade que as informações genéticas e a produção de banco de dados trazem à sociedade, de forma crítica e protetora para os cidadãos. De modo que, poderemos, então, desfrutar dos benefícios que a ciência genética e a globalização da informação podem nos oferecer.

A informação genética nos abre uma ampla porta de acesso aos mais variados resultados. Diante da possibilidade de sequenciamento do genoma humano, por exemplo, bem como o seu mapeamento, a esperança recaiu sobre a possibilidade de curar

---

<sup>1</sup> Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

doenças antes incuráveis. Com pequenos materiais orgânicos, como a saliva e o cabelo dos indivíduos, já é possível fazer um mapeamento de seu genoma, e, possivelmente, identificar predisposições genéticas presentes desde a origem até doenças que o indivíduo poderá desenvolver no futuro. Teríamos à disposição, portanto, um universo de informações do DNA de cada ser humano permitindo que, cada vez mais pessoas, de diferentes partes do mundo, de diversas idades e de diferentes classes sociais, possam se beneficiar com o tratamento das mais variadas moléstias.

Desse modo, o conhecimento da genética é capaz de tanto singularizar o indivíduo no meio de uma população, como também se prestar a revelar seu histórico médico e familiar, informando probabilidades de doenças. Assim, a utilização de informações genéticas de maneira discricionária ou em razão, tão somente, de interesses por terceiros apresenta riscos para a pessoa da qual se extraiu o material genético.

Em razão da transmissão não criteriosa do mapeamento genético das pessoas, erige-se a possibilidade de uma vasta discriminação, desconsiderando a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a privacidade do indivíduo. Um exemplo destes riscos ocorre quando há a discriminação do indivíduo ao contratar uma empresa seguradora que fornece planos de saúde. Caso esta tenha acesso ao mapeamento genético da pessoa, pode-se cobrar um prêmio maior do que seria cobrado normalmente em razão da predisposição para o desenvolvimento de determinada doença.

Outro risco é o social. Determinadas características são encontradas com mais frequência em determinados grupos étnicos. Logo, ao determinar que uma pessoa pertence a este grupo e compartilha esta determinada característica genética, ela pode sofrer estigma. Desse modo, a pessoa pode experimentar desde o simples constrangimento pelo conhecimento desta característica genética, até o isolamento social. Dessa forma, o conhecimento dessas informações referentes a dados genéticos pode interferir na

esfera privada do indivíduo, caracterizando uma violação à sua intimidade. A doutrina caracteriza este cenário como quarta e quinta dimensões essa proposta do Professor Bonavides é bem recebida na obra de Ingo Sarlet (SARLET, 2010, p.57).

Dentro desse contexto, o estudo da regulação de informações genéticas simboliza, de forma eficiente e sintética, uma das necessidades no século XXI e como se estabelecem as relações sociais dentro da nossa sociedade pós-industrial capitalista, fortemente integrada ao mundo da informação e do avanço tecnológico.

Todas as possibilidades que a ciência nos oferece são, no entanto, acompanhadas pelo desafio de ponderar os seus meios e seus fins, ficando evidente a instabilidade que existe na tênue linha entre o público e o privado. Afinal, os biobancos (bancos de dados com informações genéticas) se constituem de modo que, à primeira vista, podem trazer a falsa ideia de assegurar o anonimato. Denise Hammerschmidt afirma que o uso inadequado da informação genética pode gerar perigos e preconceitos diversos, tais como: o reducionismo e determinismo genético, eugenismo, estigmatização e discriminação por condições genéticas, bem como a perda ou a diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso não autorizados nas esferas e nos conhecimentos reservados. A instrumentalização do homem, a discriminação, a manipulação de seus dados genéticos e o desrespeito à intimidade são apenas alguns exemplos da integração que se faz dos prejuízos que uso das informações genéticas, de forma discricionária, pode gerar.

Nessa senda, passamos a analisar o estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana, direito à privacidade e à personalidade, autodeterminação informativa, o projeto genoma humano, declarações internacionais e legislação nacional, a fim de visualizar parâmetros para o tratamento das informações pessoais genéticas e, finalmente, a apresentação conclusiva.



## 2. Democracia e direitos constitucionais

O emprego de recursos biológicos humanos pela indústria biotecnológica ao dinamismo do mercado fomenta reflexões sobre o desenvolvimento social, do meio ambiente e o futuro da natureza humana. Exclusão social, econômica e tecnológica são aspectos gerados pela instrumentalização do corpo humano devido a políticas que carecem de desenvolvimento do bem estar humano (CORRÊA, 2008, pp. 29-32). Diante desse cenário, insta observar os valores constitucionais que integram a nossa sociedade, entre eles, a democracia. Como é sabido, por força do artigo 1º da Carta Magna, o Estado é organizado pelo poder democrático<sup>2</sup>

Por esta razão, deve-se esclarecer minimamente o que é democracia. Nas palavras de José Afonso da Silva, ela não é um fim, e sim meio e instrumento de realização dos valores inerentes de convivência dos homens, refletidos sobretudo nos direitos fundamentais. Assevera, ainda, que a democracia não é uma concepção (tão-somente) política abstrata e estática, “é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história” (SILVA, 2003, pp. 125-126). Para além, é também uma forma de vida, que se verifica nos relacionamentos interpessoais, no respeito e na tolerância entre os cidadãos (SILVA, p. 126). O “aperfeiçoamento pessoal” é garantia de nosso estado democrático (SILVA, p. 127) e, como garantia a todos, não há quem não deva ser respeitado e considerado em qualquer ato que possa atentar aos direitos fundamentais. Além disso, o poder democrático é exercido pelo povo e para o povo (SILVA, p. 125). Portanto, seus integrantes devem respeitar uns aos outros para promoverem e desenvolverem seus direitos fundamentais, tão necessários para exercer a democracia de forma transparente e

---

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).”

positiva, conquistando, assim, o verdadeiro desenvolvimento social, um progresso ilibado que dê garantia e possibilidades a todos.

Cabe aqui lembrar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se constitui como fundamento do nosso estado democrático de direito e é uma referência para a hermenêutica de todo nosso ordenamento jurídico. Para isso, tecemos algumas considerações, que, mesmo de forma singela, são de importância ímpar para compreender a base de onde se origina o raciocínio, de modo que fique claro de quais direitos fundamentais estamos tratando e como ocorrem minimamente suas ligações. O dispositivo referente ao assunto encontra-se exposto no artigo primeiro, inciso terceiro da Constituição Federal<sup>3</sup>:

Vale citar os ensinamentos de Alexandre de Moraes para que fique mais clarividente o verdadeiro sentido e significado desse princípio, base de nosso ordenamento:

O Princípio Fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da Pessoa Humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (MORAES, Alexandre de, 2002, p. 129).

A noção de personalidade está associada à possibilidade de o ser humano ser capaz de direitos, ou que esteja apto às práticas da vida civil, e, concomitantemente titular destes direitos conferidos (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 73). Por conseguinte, e não de forma aleatória, que o Código Civil, em seu artigo 2º assevera que todos ser humano é capaz de direitos e deveres (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 73). Em suma, a proteção conferida é resguardar direitos que a lei confere a esses titulares (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 73),

---

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

entre eles os direitos fundamentais. Os direitos de personalidade são sempre direitos fundamentais, entre eles a vida, integridade física, privacidade, intimidade, honra, e imagem (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013. p. 393). O instituto é o principal contato entre o direito privado e o direito constitucional, inclusive, com tratados internacionais. Nas lições de Denise Hammerschmidt acerca da visão de Pontes de Miranda:

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analise no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é o direito de personalidade de ter nome, já esse, a seu turno posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 76).

Nessa esteira, tratamos por ora a liberdade de desenvolvimento da personalidade numa perspectiva de cláusula geral e atrelada aos demais direitos de personalidade para que, uma vez apresentado, em tela, as características gerais desse regime jurídico, podemos tratar especificamente os principais direitos especiais da personalidade, entre eles, a privacidade e intimidade, e proteção de dados pessoais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 396). Ao longo do tempo, o conceito de privacidade foi se moldando. Primeiramente, em um aspecto subjetivo, como um direito de não ser invadido, um direito negativo. Não obstante, em razão do crescente desenvolvimento tecnológico e da complexidade das circunstâncias, passou para um estado positivo de agir. “A transparência de quem não tem nada a temer” não faz sentido (DONEDA, 2006, p. 141), uma vez que o homem passa a ser o meio de tutela de sua própria vida privada. Acerca da privacidade, Maria Helena Diniz considera:

PRIVACIDADE. 1. Direito constitucional. a) intimidade, que constitui um direito de personalidade, cuja inviolabilidade está garantida constitucionalmente; b) direito de ficar em paz ou de

estar só (Cooley); c) direito do respeito à vida privada, com o mínimo de ingerências exteriores (Urabayen); d) direito de a pessoa conduzir, como lhe aprouver, as manifestações de foro íntimo como o *modus vivendi*, relações afetivas e familiares, hábitos, segredos, planos, pensamentos etc. (Eliana F. Neme.) 2. Direito civil. É a pretensão do indivíduo, de grupos ou de instituições de decidir, por si, quando, como e até que ponto uma informação sobre eles pode ser comunicada a outrem (Alain Westen). (DINIZ, 2011, p. 470.)

A privacidade é enquadrada, portanto, como uma situação subjetiva complexa, não apenas em relação ao isolamento da pessoa frente aquilo que não quer pra si, numa perspectiva de proteção, mas também na construção de sua esfera pessoal onde se respalde sua liberdade de escolha, sem ingerências externas sobre sua pessoa em razão de interesses alheios aos seus (DONEDA, 2006, p. 144).

Em face dessa breve consideração, cabe apontar que, sem sombra de dúvidas, a circulação das informações pessoais nos meios de comunicação deve respeitar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais das pessoas minimamente.

Diante do progresso científico-tecnológico e da impossibilidade de detê-lo, devido à possibilidade de prejuízos em relação aos valores da humanidade e da democracia, traduz-se a necessidade de averiguar perspectivas para que os cidadãos herdem da ciência apenas as questões positivas (RODOTÀ, 2008, p. 41). Esta nova necessidade se dá pela angústia que nasce da forte defasagem entre a celeridade do progresso técnico-científico e o vagaroso amadurecimento de controle das transições sociais que acompanham este progresso (RODOTÀ, p. 42). Em razão do forte, acelerado e dinâmico crescimento da tecnologia da informação, observa-se e propõe-se a especificação de princípios, por maior que seja a dificuldade, para a proteção da intimidade e privacidade, visto que, por vezes, valores e interesses encontram-se em conflito (RODOTÀ, p. 42).

Por outro lado, ainda no que se refere ao conflito de interesses, o “caráter democrático de um sistema com a quota de informações relevantes que circulam no seu interior” é alvo de observação, visto que a democracia precisa se desenvolver na esfera política bem como na esfera pessoal. Nesse sentido, as regras da circulação das informações pessoais devem se destinar a uma distribuição de poder, uma vez entendido que o governo é do povo e para o povo (RODOTÀ, 2008, pp. 45-46). Percebido o enfraquecimento da democracia por parte daqueles que governam e dos demais detentores de grandes poderes, vislumbra-se a possibilidade da criação de estatísticas com base nas informações íntimas e privadas, a fim de serem comercializadas a quem interessar (RODOTÀ, p. 46). Em mesmo sentido, leva-se em consideração também que as estatísticas formadas a partir das preferências de cada um “podem abranger escolhas significativas para a organização social e política” (p. 46). Rodotà assevera:

(...) uma vez mais a disciplina da coleta e do tratamento das informações demonstra que não pode ser reduzida somente ao seu valor individual. O seu verdadeiro tema é o papel do cidadão na sociedade informatizada, da distribuição do poder ligado à disponibilidade das informações e, logo, da forma pela qual estas são coletadas e colocadas em circulação.” (RODOTÀ, 2008, p. 46.)

A circulação e, conseqüentemente, a exposição de determinadas espécies de informações apresentariam um elevado potencial lesivo aos seus titulares, em uma determinada configuração social (DONEDA, 2006, p. 161). Tal exposição, muitas vezes, independente da veracidade, é da vida privada e da intimidade, da honra e da imagem de cada ser humano que compõe nossa sociedade. Tais valores são consagrados como fundamentais no estado democrático de direito brasileiro. É o que se percebe pela leitura do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Na democracia alemã, a autodeterminação informativa foi concebida como direito fundamental pois é entendida como uma extensão do personalíssimo (DONEDA, 2006, p. 197). Tal entendimento é bem recebido no presente trabalho, pois entendemos que o personalíssimo nada mais é do que um profundo íntimo de cada um, a unicidade do indivíduo.

É nessa percepção, da circulação de dados da vida privada e da intimidade, que se formam as preocupações do presente trabalho, uma vez que o fenômeno em questão dificulta o desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, da liberdade, no estado democrático e demais direitos fundamentais, por meio de “práticas discriminatórias” resultantes da invasão e do tratamento discricionário dos dados pessoais genéticos.

### **3. Projeto genoma humano, declarações internacionais e legislação nacional**

Por volta da década de 1980, surge a ideia da realização de um projeto que possibilite um maior conhecimento sobre o genoma humano, por meio de seu mapeamento e sequenciamento (ECHTERHOFF, 2010, p. 34). Somente ao longo da década de 1990 o Projeto Genoma Humano foi formalmente iniciado e, em 26 de junho de 2000, com a publicação dos dados obtidos, foi findado.

Os avanços do conhecimento humano geram expectativas para a detecção, prevenção e tratamento de doenças antes incompreendidas e incuráveis: a vida humana se altera para um conjunto de informações genéticas contidas em bancos de dados e a biologia se transforma em ciência da informação, capaz de ser processada e de identificar anomalias, sintomas e propensões genéticas (OLIVEIRA, 2008, pp.179-191). Contudo, suscita, dessa forma, “uma nova categoria social daquelas pessoas que apenas tem

---

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

uma probabilidade de desenvolver uma doença de origem genética” (OLIVEIRA, 2008, p. 54), bem como a discriminação genética (CORRÊA, 2008, pp. 29-32).

A proteção à intimidade genética não possui legislação específica no Brasil, entretanto, como já exposto, podem ser considerados diversos fundamentos acerca da proteção do homem consagrados pela nossa Constituição, a saber, o artigo 1º, inciso III c/c artigo 5º, inciso X e § 2º. E ainda considerando o tratamento do meio ambiente aplicar por meio de analogia o entendimento apresentado no artigo 225, § 1º, inciso II, todos da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Como dever legal nas relações de consumo, o dever de informar é questão pré-contratual, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, lei n.º 8.078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor. Tais dispositivos preveem o acesso às informações existentes em quaisquer espécies de cadastros, registros ou bancos de dados, na forma do art. 43, *caput*<sup>6</sup>. Há, ainda,

---

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

<sup>6</sup> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 6º

a previsão de que deverá ser garantida a exatidão, veracidade e clareza dos dados armazenados (art. 43, § 1º da lei n.º 8.078/90). E, ainda, há a previsão de que é direito do consumidor, previamente e por escrito, ser comunicado da abertura de bancos de dados (art. 43, § 2º da lei n.º 8.078/90), bem como da extrema acessibilidade aos mesmos (art. 43, § 2º da lei n.º 8.078/90).

Verifica-se, portanto, que ambas previsões expressas nos §§ 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor podem ser utilizadas analogicamente para o caso dos bancos de dados genéticos (ECHTERHOFF, 2010, p. 159). Portanto, poderiam servir como parâmetros analógicos para a proteção dos dados genéticos e da privacidade do indivíduo fonte.

Entretanto, a aplicação analógica destes dispositivos encontra alguns limites, tendo em vista que os mesmos visam a regular as relações de consumo, objeto que não se coaduna com a proteção de um direito da personalidade. Além do mais, o objetivo do referido art. 43 seria a proteção ao crédito, assim, os referidos dispositivos procurariam reprimir excessos praticados pelos serviços de proteção ao crédito (DONEDA, 2006, p. 340). Dessa forma, os instrumentos citados teriam pouca efetividade para a proteção de dados genéticos, podendo apenas ser utilizados como parâmetros de intelecção ou analógicos.

Em relação à discriminação do trabalhador, de certa forma, está amparada pela Constituição Federal, de forma expressa, como garantias de isonomia de tratamento aos trabalhadores e não discriminação no trabalho, conforme se extrai do quanto previsto no 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII<sup>7</sup>. Consequentemente, o trabalhador se encontra protegido pelo Manto Constitucional contra práticas que o

---

Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.”

7 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;



discriminam, de forma que tal proteção está assegurada como direito fundamental (ALMEIDA MIRANDA, 2013, p. 12).

Além das garantias apontadas, é possível atentar às legislações específicas quanto à proteção do trabalhador concernente às discriminações, entre elas a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, a qual veda a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e qualquer outra prática de cunho discriminatório, a fim de continuação do trabalhador ou de admissibilidade no trabalho.

Camila de Almeida Miranda relata os apontamentos de Francisco Gérson Marques de Lima acerca de outros dispositivos que surgiram com o fim de coibir práticas discriminatórias: a Lei n. 7.716/89 considerou crimes as práticas advindas do preconceito de raça e de cor, inclusive com repercussões no campo das relações trabalhistas; a Lei n. 7.853/89, por sua vez, trouxe em seu bojo a questão dos indivíduos portadores de deficiências; a Lei n. 9.459/89 modificou o artigo 1º da Lei 7.716/89, acrescentando no rol dos crimes ali previstos à discriminação por razão de etnia, religião ou procedência nacional (ALMEIDA MIRANDA, 2013, p. 12).

Portanto, é de larga escala o material a que podemos recorrer como analogia para o tratamento das informações pessoais genéticas visando à proteção da privacidade dos bancos de dados genéticos, ainda, sem olvidar a própria hermenêutica sobre os direitos fundamentais.

Para além dos textos legislativos nacionais que podem servir para uma noção da proteção da privacidade, a proteção à intimidade genética localiza-se em textos internacionais, entre eles acentua-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, especialmente em seu artigo 7º<sup>8</sup>; e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos,

---

<sup>8</sup> Artigo 7º - Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.

anteriormente mencionada, aprovada na Conferência Geral da UNESCO, em outubro de 2003.

No plano internacional, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO tratou de forma sólida sobre o tratamento das informações pessoais genéticas, em razão do avanço científico, dos direitos humanos, da dignidade humana e dos direitos individuais. A declaração positivou o genoma humano como um bem inerente à dignidade do indivíduo, dessa forma, um direito fundamental. Ainda, estabelece o princípio do consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo para a utilização de seus dados genéticos, seja para pesquisa, seja para qualquer outro fim. Também, de fundamental importância, declarou que nenhum indivíduo deve ser submetido à discriminação com base em suas características genéticas.

Em relação à discriminação, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO é mais explícita, pois reafirma que a coleta, utilização e conservação de dados genéticos deve se harmonizar com as leis internacionais relativas a direitos humanos. Contudo, ressalva que as disposições presentes na declaração não se aplicariam aos casos de investigação criminal e reconhecimento de paternidade. É importante salientar que o documento entende que a proteção à vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos não podem ser fornecidos ou tornados acessíveis a terceiros.

Dirigida aos Estados-Membros, com objetivo de tratar das questões éticas suscitadas pelo avanço da ciência e das novas tecnologias, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO é outro documento que merece atenção, pois reconhece a importância da realização de pesquisas científicas e dos benefícios decorrentes. Ela reafirma, enfaticamente, que tais experimentos devem se pautar pelo respeito da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Destarte, elege como princípios a serem defendidos o respeito à vulnerabilidade humana e integridade pessoal, a vida privada e a confidencialidade dos dados pessoais, e a

não discriminação e não estigmatização do indivíduo. Ainda, em respeito a esses princípios, os Estados devem adotar as medidas necessárias em nível nacional, como também em nível internacional, para combater o tráfico de dados e materiais de natureza genética.

Portanto, mesmo que não haja lei específica, a proteção em tela não fica sem amparo, porquanto é possível uma análise partir da aplicação de textos internacionais, bem como de preceitos básicos contidos na Constituição Federal brasileira (ALMEIDA MIRANDA, 2013, p.12). De acordo com Carlos Frederico Guerra, a proteção contra a discriminação genética, no âmbito internacional, está pautada, principalmente, nas seguintes Declarações: Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos (artigo 6º)<sup>9</sup>; Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano (artigo 3º, alínea “c”)<sup>10</sup>; Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (artigo 7º)<sup>11</sup>; Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (artigo 11)<sup>12</sup> (ALMEIDA MIRANDA, 2013, p.12).

Entre as proposições ventiladas tem-se o veto referente à proibição da seleção dos trabalhadores segundo os critérios

---

<sup>9</sup> Artigo 6º - Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.

<sup>10</sup> Artigo 3º: Que, dadas as diferenças sociais e econômicas no desenvolvimento dos povos, nossa região participa num grau menor dos benefícios derivados do referido desenvolvimento científico e tecnológico, o que torna necessário: c) a realização de esforços para estender de maneira geral à população, sem nenhum tipo de discriminação, o acesso as aplicações dos conhecimentos genéticos no campo da saúde;

<sup>11</sup> Artigo 7º : Não-discriminação e não-estigmatização (a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades. (b) A este respeito, será necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações.

<sup>12</sup> Artigo 11º Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização.

genéticos, reconhecimentos médicos sistemáticos e investigações genéticas prévias à contratação dos trabalhadores (HAMMERSCHMIDT, 2008, p.174). Denise Hammerschmidt aponta que a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO dispõe, em seu artigo 14 b), o seguinte:

Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas associadas a uma pessoa identificável não deveriam ser dados a conhecer, nem postos à disposição de terceiros, em particular de empregados, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino e familiares da pessoa em questão, salvo por uma razão importante de interesse público nos restritos casos previstos no direito interno e compatíveis com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou quando se tenha obtido o conhecimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa, sempre que este está conforme o direito interno e o direito internacional relativo aos direitos humanos dos trabalhadores. (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 175).

O Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração Universal, manifestou-se – em decisão proferida em 1985 – no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2010, pp. 101-102). O mesmo autor faz considerações acerca do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como dos entendimentos citados, a título exemplificativo, verificando-se que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir – e a doutrina majoritária conforta este entendimento – primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, logo, é também autonomia na manipulação dos dados pessoais, como *potencial* que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo de sua efetiva

realização no caso da pessoa em concreto (SARLET, 2010, pp. 101-102). Portanto, a liberdade e, por consequência, o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade, entre eles o direito à intimidade (visto que esta é a base da manifestação da atitude do homem representada pelo direito de liberdade), constituem uma das principais (senão a principal) exigências do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, pp. 101-102).

Mesmo que ainda careçamos de legislação específica, é perfeitamente possível compreender a importância do tema e executar uma efetiva proteção ao direito à intimidade genética dos indivíduos, assegurando-lhes a faculdade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que somente a ele é pertinente e que diz respeito à sua existência, sua personalidade, sua perpetuação, seu futuro, suas patologias e sua morte. Nessa perspectiva, seguem os ensinamentos de Ingo Sarlet:

cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos os governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional genuinamente “altruísta” e “fraterno”. (SARLET, 2010, p. 57).

Sarlet afirma, dessa forma, que tem para si que a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema, existindo, ou não, norma permissiva e expressa nesse sentido (SARLET, 2010, p. 92). Por este raciocínio, acreditamos, no presente trabalho, na possibilidade do direito de autodeterminação de dados genéticos. Assim, os dados da vida privada assumem posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente para a proteção de agentes exteriores, numa perspectiva de exclusão, mas como elemento da cidadania, da atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Neste papel, são como

pressupostos de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos (DONEDA, 2006, p.142).

### **Considerações finais**

Diante do que foi exposto anteriormente, consideramos, primeiramente, a importância da regulamentação do tratamento das informações pessoais genéticas por meio de lei, cujo texto deveria conter o direito à autodeterminação informativa, bem como os princípios que o regulariam, para que não fosse utilizado o instituto de tal forma que se tornasse abuso de um direito, visto que a inclusão do homem, hoje, também ocorre principalmente por meio dessas informações. Para um bom uso da ciência, sem cair nas armadilhas que esse meio pode eventualmente nos apresentar, é necessária a construção da criticidade e das leis, o bom senso entre os operadores das informações genéticas e do direito, uma verdadeira ordem capaz de estabelecer um equilíbrio entre as duas necessidades, tendo em vista o desenvolvimento e os impactos negativos que podem ocorrer. De tal sorte que a ordem possa trazer à sociedade como um todo a segurança e, assim, estaremos exercendo de forma protegida nossa cidadania.

Nesse sentido, seria fundamental a estipulação em lei do norte das pesquisas do armazenamento de informações genéticas, para que se pudesse progredir nos avanços da medicina e, ao mesmo tempo, respeitar a dignidade da pessoa humana, a personalidade, a privacidade e a intimidade. A forma e o modo de ocorrência de tal lei, teria de ser de maneira que o paciente pudesse acessar e ter controle sobre suas informações, além de garantir à pessoa o conhecimento e o acesso às informações que lhes digam respeito armazenadas em bancos de dados e também controlar, corrigir e apagar os dados inexatos ou indevidamente processados e, finalmente, dispor sobre a sua transmissão.

A autodeterminação consciente e responsável depende muito da informação, que também deve ser direito do indivíduo. Para além, conclui-se que, se o homem não deve se permitir ofender pelos demais membros do corpo social, ele deve requerer os direitos necessários para obstar essa ofensa; ainda, atento que nem por ele próprio (contra si mesmo) é permitido violentar-se; que esta perspectiva corrobora, para fins éticos e jurídicos, a fim de que as pessoas zelem pelo bem uns dos outros; logo, finalmente, cada vez mais, a fim de impedir a possibilidade de manifestação de desigualdade e de discriminação. Salientamos a importância de que tal norma contenha a responsabilidade objetiva, formas de punição, sejam administrativas, civis, ou penais; e a organização dos órgãos da administração pública e critérios para as entidades privadas com relação aos seus bancos de dados. Contudo, deve-se atentar que a criação de normas taxativas não seria tarefa exitosa, ao contrário, tenderia ao fracasso, portanto, nessa senda, a tutela da privacidade dos dados genéticos, deve ter princípios como parâmetros para as soluções dos interesses em conflitos.

Com a adoção desses princípios, buscar-se-ia um equilíbrio entre a necessidade de proteção dos dados genéticos diante da utilização indevida por terceiros e o uso para atender interesses juridicamente relevantes. Desse modo, o que se procura é um meio termo, o entendimento da forma em que estes dados podem ser utilizados com o objetivo de atender a interesses legítimos e lícitos, ao mesmo tempo em que se garanta a proteção dessas informações genéticas. Aqui, por proteção, pretende-se abordar mecanismos que permitam ao indivíduo-fonte dos dados estar no controle do uso e circulação de suas informações.

Por outro lado, mesmo que ainda não haja lei específica em vigência, com a adoção das interpretações apontadas ao longo do presente texto concernente à doutrina, à legislação por analogia e às declarações internacionais é possível, com base na Constituição Federal, proteger minimamente a intimidade genética.

Em resumo, o objetivo preponderante deste artigo é visualizar perspectivas para a tutela da intimidade genética em razão do tratamento das informações pessoais sensíveis e entender os pontos que podem apontar para uma harmonia entre as necessidades de reserva de dados genéticos e a utilização destes para se efetivar interesses relevantes, como a cura de doenças, solidificar a medicina preditiva e possibilitar o progresso científico em seu todo.

## Referências

- ALMEIDA MIRANDA, Camila de. **A Utilização de Dados Genéticos do Trabalhador como Fator de Discriminação nas Relações de Emprego**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 162, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. Saraiva. 2011.P. 470.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ECHTERHOFF, Gisele. **O Direito à Privacidade dos Dados Genéticos**. Dissertação de Mestrado. 2007.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito de Personalidade**. Ed. Juruá. 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 22. Atlas. 2007.
- \_\_\_\_\_. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Ed. Atlas. 2002.
- OLIVEIRA, José Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 8, n. 1, p. 179-191, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade Hoje**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife. Renovar. 2008.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Ed. 10. Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. 2. Revista dos Tribunais. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** Malheiros Editores. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Ed. 22. Malheiros Editores. 2003.

## **Novas tecnologias e o direito tributário: o domicílio tributário eletrônico**

*Euzébio Henzel Antunes <sup>1</sup>*

### **1. Introdução**

Os deveres fundamentais estão intimamente ligados a ideia de solidariedade. Cidadão é aquele que visa o bem comum, que tem a consciência de que ao se viver em sociedade temos deveres que são imprescindíveis para viabilizar o convívio social e o seu progresso.

Assim, não só alguns direitos tornam-se fundamentais, mas também alguns deveres, dentre eles o dever fundamental de pagar tributos. Através do pagamento de tributos, o Estado tem condições de arcar com gastos e implementar políticas públicas. Evidentemente que se faz mister a obediência a garantias fundamentais do contribuinte, como os Princípios Constitucionais da Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Proibição de Confisco.

O domicílio tributário é o local onde o contribuinte tem o dever fundamental de responder pelas obrigações tributárias a que está sujeito. Tem o objetivo de facilitar a supervisão pelo Fisco no que concerne à arrecadação das diversas receitas tributárias que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm de recolher ao erário público.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS. Especialista em Direito Público pela PUC/RS. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/RS. Especialista em Direito Ambiental pela UFRGS. Especialista em Direito Imobiliário pelo IDC. Advogado.

A eleição do domicílio tributário, como regra, fica a cargo do contribuinte, e uma das possibilidades é a adoção do domicílio tributário eletrônico. Com o advento de novas tecnologias surgem novas possibilidades no que tange a arrecadação de tributos, bem como quanto a fiscalização pelo Fisco no que se refere a sonegação fiscal. Assim, surgem uma série de questionamentos sobre o assunto, o que evidencia uma necessária abordagem do tema.

Destarte, de forma concisa, são feitas breves notas sobre o dever fundamental de pagar impostos, bem como as novas tecnologias e o Direito. Aborda-se também o domicílio jurídico no âmbito do Código Civil, e no âmbito do Código Tributário. Enfrenta-se a questão relativa ao domicílio tributário eletrônico e sua previsão Legislativa no âmbito federal.

Por último, são feitas algumas considerações sobre o domicílio tributário eletrônico e suas implicações (analisando-se os prós e os contras no que concerne a sua adoção), bem como perscruta-se sobre a necessidade de uma revisão na legislação tributária para adequação à nova realidade tecnológica.

Espera-se, desse modo, colaborar com alguns subsídios para um melhor exame, estudo e compreensão da matéria, visando à reflexão do leitor a respeito do assunto.

## **O dever fundamental de pagar impostos**

O tema referente aos deveres fundamentais é um assunto com parco desenvolvimento na doutrina brasileira. Da mesma forma, não é um tema tratado com recorrência pela jurisprudência pátria. O não intervencionismo do Estado na esfera privada do indivíduo, característica do Estado Liberal, tem justificativa histórica.

Com o pós-guerra, precisamente depois da segunda guerra mundial, as Constituições promulgadas tiveram suas atenções voltadas para os direitos fundamentais, tendo em vista o autoritarismo que vigia na época com os regimes totalitários que dominavam a Europa. Assim, com os traumas que se seguiram no decorrer desses

estados totalitários, no surgimento das Constituições europeias não houve espaço para se falar em deveres. Buscava-se limitar os poderes Estatais, havendo resistência a qualquer regresso a uma visão de cunho autoritário. O próprio significado originário da ideia de Estado de Direito demonstra tal situação<sup>2</sup>

Hodiernamente, com o individualismo exacerbado que contamina toda a nossa sociedade vivenciamos, como via de consequência, a dificuldade de concretude e efetividade de um Estado Social que faça valer os Princípios e valores previstos na Constituição Federal. Carecemos de cidadania, ou seja, o que se multiplica em nossa sociedade são indivíduos alheios aos problemas sociais, sem qualquer comprometimento com o bem comum.

Todavia, os benefícios da vida em sociedade têm como contrapartida o cumprimento de deveres, sem os quais (tendo em vista seu caráter fundamental) não há viabilidade da perpetuação de uma estrutura social equilibrada e sustentável.

Daí a importância na formação de bons cidadãos, que tenham uma visão coletiva e não apenas individual, que visem o bem comum e tenham suas condutas pautadas pelos Princípios da Solidariedade e da Dignidade Humana, ou seja, que tenham o devido alcance no que diz respeito a própria percepção do próximo e a defesa e preservação da vida (*latu sensu*).

O dever de pagar tributos é considerado, segundo a doutrina, um dever fundamental autônomo, ou seja, “não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo”<sup>3</sup>. Todavia, o fundamento lógico da existência dos deveres fundamentais é a própria noção de vida em sociedade e sua viabilidade, sendo sua implementação condição inafastável para a concretização de direitos fundamentais. Não há, evidentemente, a possibilidade de que um ordenamento jurídico tenha apenas direitos, sem que haja a

---

<sup>2</sup> NABAIS, José Casalta. O Dever de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998. pg. 16.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. pg. 228.

previsão de deveres. Para que o direito de um indivíduo se perfectibilize, há a necessidade, na maioria dos casos, de que outra(s) parte(s) tenha(m) um dever, uma obrigação positiva ou negativa que viabilize a concretização desse direito.

O Estado necessita de recursos econômicos para implementar políticas públicas que supram as necessidades da nossa sociedade. Portanto, através de seus indivíduos, busca-se o fornecimento dos meios necessários para tal desiderato.

Através do exercício da sua soberania o Estado, através da tributação, arrecada tais recursos. A soberania do Estado, conforme Hugo de Brito Machado, caracteriza-se “como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior”<sup>4</sup>. Entretanto, essa relação tributária consubstancia-se em uma relação jurídica (com Princípios, Normas e Regras), estando sob a égide de um Estado Democrático de Direito (e assim conta com total legitimidade), não se consolidando apenas em uma relação de poder<sup>5</sup>.

Desse modo, a sociedade e o Estado têm que ter essa acuidade na constituição da nossa ordem jurídica, com a percepção da devida importância e respeito aos deveres fundamentais, que são de tamanha importância para a eficácia e efetividade de todo o nosso sistema jurídico.

Cada indivíduo tem sua parcela de responsabilidade pela manutenção da ordem social e seu desenvolvimento, e tal escopo está rigorosamente vinculado a parcela de contribuição que cada um, dentro das suas possibilidades pecuniárias (com o respeito a sua capacidade tributária, ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana), pode oferecer para a busca de um real Estado Social e Democrático de Direito.

Nessa esteira, o dever de pagar tributos mostra-se objetivamente essencial para o progresso de nossa estrutura social, pois trata-se de um dever que se concretiza na solidariedade de

---

<sup>4</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37<sup>o</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016. pg. 27.

<sup>5</sup> MACHADO, 2016. pg. 28.

todos os membros da sociedade em prol da sua própria sustentabilidade, e que tem como cânones as normas constitucionais, mormente a observância dos direitos fundamentais.

Feita essa breve análise a respeito do dever fundamental de pagar tributos, no próximo item será abordado a respeito das novas tecnologias e a seara tributária.

### **3. Novas tecnologias e o direito**

A internet revolucionou a transmissão e o acesso as informações, o que trouxe uma série de mudanças de cunho social, científico e econômico. A cada dia novas tecnologias surgem e trazem novos horizontes nas mais diversas searas científicas.

Por conseguinte, também o Direito é impelido a normatizar o uso de tais inovações tecnológicas que trazem um novo paradigma de estrutura social, regulando a utilização desses novos mecanismos (plotando riscos, verificando limites de atuação e suas responsabilidades, bem como impingindo sanções).

O direito não deve servir como empecilho para a utilização de novas tecnologias, nem tão pouco se furtar de regular tais mecanismos. Evidentemente, que com o uso das novas ferramentas tecnológicas, surgirão problemas que exigirão uma resposta rápida da ciência jurídica na busca de sua melhor utilização.

Com a utilização das novas tecnologias, surgem novos riscos a bens jurídicos tutelados pelo direito e a outros em que se começa a ver a necessidade de tutela.

Assim sendo, a regulamentação, inexoravelmente necessária, dessas inovações tecnológicas deve atentar para os preceitos éticos e morais vigentes na nossa sociedade, além de evidentemente respeitar as normas constitucionais.

Especificamente no que concerne à seara tributária, as novas tecnologias trazem uma enorme possibilidade de progresso à fiscalização na arrecadação dos tributos, bem como nas formas de arrecadação tributária e no cumprimento dos deveres instrumentais.

Evidentemente, com o surgimento de qualquer novidade tecnológica, como foi o caso do surgimento do computador, de forma natural irrompe-se uma enorme resistência pelo próprio medo do que se desconhece.

Destarte, com o fito de buscar o progresso da ciência jurídica no que tange ao uso desses novos mecanismos e ambientes virtuais, faz-se mister o enfrentamento de uma série de questionamentos que inevitavelmente surgem com a utilização dessas novas possibilidades tecnológicas.

Não podemos obstar o uso desses meios e as benesses que advém da sua correta utilização, tendo em vista o desiderato de busca de melhores formas de fiscalização e arrecadação de tributos, tão necessárias para a realização das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado em prol da sociedade.

Desta forma, feita essa breve análise passa-se a abordar a respeito do domicílio tributário eletrônico.

#### **4. O domicílio tributário eletrônico**

No presente trabalho abordar-se-á duas modalidades de domicílio: o domicílio civil e o domicílio tributário. Essas modalidades têm suas peculiaridades, e, portanto, são tratadas de formas diferentes pela legislação pátria. Desse modo, o Código Civil aborda essa matéria na Parte Geral, do Livro I (Das Pessoas), no Título III (Do Domicílio), precisamente nos seus artigos 70 à 78 <sup>6</sup>.

Primeiramente, cabe uma diferenciação entre residência e domicílio. A residência difere do conceito de domicílio e com este não se confunde, tendo em vista que aquela se configura em simples estado de fato. Importante salientar, que o Código Civil não definiu o que é

---

<sup>6</sup> MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 219. Aduz o autor que: “Ao tratar do domicílio tributário, conforme a denominação adotada no CTN, uma vez mais convém ressaltar a necessária busca das definições do direito civil para a compreensão também desse dispositivo, em razão de estarem as normas sobre o domicílio da pessoa natural e da pessoa jurídica tratadas neste ramo do direito”.

residência. Contudo, no que tange à residência, observa-se um caráter habitual da pessoa física em estabelecer-se no lugar (pois há a transferência de alguns aspectos do indivíduo para o local). Já o domicílio é uma situação jurídica. Ademais, há um caráter definitivo da pessoa em estabelecer-se no local (toda a sua vida está concentrada ali).

O artigo 70 do CCB/02 prescreve que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Há dois elementos a serem considerados nesta definição: um de cunho material e outro de cunho psíquico. Assim, o aspecto material trata da fixação da pessoa a algum lugar, e o aspecto psicológico trata do ânimo dessa mesma pessoa em permanecer neste local.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa há “um elemento externo para caracterizar o domicílio, que é a residência; isso facilita, na prática, sua conceituação; existe, por outro lado, o elemento interno, este essencialmente jurídico, que é o ânimo de permanecer”<sup>(7)</sup>.

Se a pessoa natural tiver diversas residências e viver nelas alternadamente, considerar-se-á o seu domicílio qualquer dessas residências (artigo 71 do CCB/02). Também considera-se domicílio da pessoa natural, no que concerne às suas relações profissionais, o lugar onde essas são exercidas (artigo 72 do CCB/02). No caso de a pessoa natural não ter residência habitual, será considerado seu domicílio o lugar onde for encontrada (artigo 73 do CCB/02). Da mesma forma o artigo 7º §8º da LINDB ressalta que quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

Também vê-se a importância do tema na esfera processual. As regras aplicadas são as do Código de Processo Civil, precisamente os artigos 94 e 95 do CPC. Essas serão as regras utilizadas em matéria de processo tributário para a cobrança da dívida ativa dos poderes

---

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A. 2007.p.200.



públicos<sup>(8)</sup>. O artigo 94 §1º do CPC prescreve que possuindo o réu mais de um domicílio, será ele demandado no foro de qualquer um deles.

Já no que diz respeito às pessoas jurídicas em geral, reza o artigo 75, IV do CCB/02 que seu domicílio será o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos. Todavia, há de se atentar ao prescrito no §1º desse mesmo artigo. Conforme esse parágrafo, se a pessoa jurídica tiver diversos estabelecimentos em locais diferentes, será considerado domicílio cada um deles para os atos nele praticados. Tal preceito visa salvaguardar a parte que tenha que demandar pessoa jurídica com diversos estabelecimentos em diferentes locais, pois, caso contrário (inexistindo o §1º), a parte teria problemas de ordem processual, bem como de cunho financeiro e logístico para alcançar tal intento.

Outro artigo que trata do domicílio e demonstra sua relevância é o art. 327 do CCB/02, que prescreve que será efetuado o pagamento no domicílio do devedor, salvo se for convencionado diversamente pelas partes, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Nessa quadra, verifica-se a importância da matéria (como forma de busca de segurança e maior estabilidade das relações jurídicas) tanto na seara do direito privado, como na seara do direito público (caso do domicílio tributário eletrônico que será abordado adiante). O entendimento das noções sobre domicílio e sua conceituação jurídica é fundamental e traz uma série de consequências para os diversos ramos do direito (influencia questões relativas à competência).

O Estado utiliza-se da tributação (meio pelo qual se efetiva o seu financiamento) para implementação de políticas públicas, configurando-se o pagamento de impostos em um dever fundamental por parte do contribuinte. Por conseguinte, através da

---

<sup>8</sup> PEIXOTO, Marcelo Magalhães ; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2ª ed. Ed. MP, 2008. p.1029.

contribuição de uma parcela de seus recursos financeiros (respeitados os Princípios Constitucionais, mormente a Capacidade Contributiva) busca-se o desenvolvimento de todos os Estados da Federação (Princípio da Solidariedade), e como via de consequência de toda a sociedade Brasileira. Verifica-se assim, a importância do assunto pela relação que tem nessa estrutura contributiva.

Impõe-se, portanto, após análise desse instituto no âmbito do Direito Civil, analisar a matéria no âmbito do Direito Tributário.

O domicílio tributário é o local onde o contribuinte deve responder por suas obrigações tributárias. Conforme o artigo 127, caput, do CTN, em regra, o local onde pagará seus tributos será escolhido pelo próprio contribuinte (domicílio de eleição), cabendo exceções (em caso de tributos específicos como o ICMS – Lei Complementar nº 87/96). A determinação do domicílio tributário tem como escopo a facilitação da fiscalização da arrecadação tributária pelo Fisco. Tanto é assim que, segundo o artigo 127, §2º do CTN, pode a autoridade administrativa recusar, fundamentadamente<sup>9</sup>, o domicílio eleito quando este impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo.

Caso o contribuinte não eleja o local onde deseja cumprir com suas obrigações tributárias, o CTN estabelece no seu artigo 127 regramento acerca do domicílio tributário a ser adotado<sup>10</sup>. A disciplina do domicílio no Código Tributário é bem elástica e estabelece os critérios de fixação do domicílio tributário<sup>11</sup>.

Prescreve o artigo 127 do CTN que:

---

<sup>9</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.p.733.

<sup>10</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. Conforme o autor: “Renove-se que a regra é a da eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo. Não sendo feita a indicação ou elaborada de maneira a prejudicar o trabalho do fisco, aí sim aplicam-se as normas deste artigo.”. Referência ao artigo 127 CTN.

<sup>11</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.607.

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

No âmbito do Direito Tributário o tema revela sua importância tendo em vista que o domicílio determina o local do recebimento do pagamento do tributo, bem como quem tem o dever de efetuar-lo (contribuinte ou responsável). Ainda, a determinação do domicílio implica na fixação e solução de conflitos de competência.

Hodiernamente, os avanços no campo da tecnologia de informação e o progresso científico no campo da comunicação (que em curto espaço de tempo apresenta novidades) vêm possibilitando ao contribuinte maiores facilidades no que concerne ao pagamento dos tributos devidos. Da mesma forma, tais inovações viabilizam uma melhor fiscalização por parte do Fisco, maior agilidade nos procedimentos administrativos, bem como uma maior facilidade de efetuar eventuais intimações para manifestações dos contribuintes. Assim, com a utilização desses novos mecanismos tecnológicos, há uma maior diminuição nos custos operacionais e um ganho na rapidez dos procedimentos.

Por todos esses fatores descritos, verifica-se que a criação do domicílio tributário eletrônico, trouxe mudanças substanciais na comunicação entre Fisco e contribuinte, proporcionando uma nova forma de relacionamento que possibilita a disponibilização de informações e notificações de forma mais segura e célere.

No próximo item verificar-se-á sobre a previsão legal sobre o tema no âmbito federal.

**Previsão legislativa no âmbito federal: decreto nº 70.235/72 (modificado pelas leis nº 11.196/2005 e 12.844/2013), e portarias SRF 259/2006 e RFB nº 574/2009**

O domicílio eletrônico vem sendo utilizado tanto pela Administração Tributária Federal, como também pela Estadual e Municipal. Todavia, neste breve estudo, trataremos apenas de legislações no âmbito federal.

Conforme já observado, com as inovações na área de tecnologia de informação e com a maior facilidade de acesso a internet, vem ocorrendo modificações em diversas áreas (inclusive nas searas jurídica e administrativa). No âmbito jurídico, por exemplo, verifica-se que o processo eletrônico é uma realidade que se estabelece cada vez mais a cada dia.

E a criação do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) nada mais é do que uma decorrência desse desenvolvimento e implementação tecnológica que vem ocorrendo nos últimos anos. Assim, tem como desiderato a modernização do processo administrativo fiscal, através da viabilização de atos e termos processuais no ambiente virtual.

A Lei nº 11.196/2005 modificou o artigo 23 do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972 (DOU 07/03/1972) que dispõe sobre o processo administrativo fiscal (determinação e exigência dos créditos tributários da União e de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal). Essa Legislação prevê nova forma de

comunicação com o contribuinte (com intimação deste por meio eletrônico). Reza o artigo 23 que:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

*(Inciso III com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação).(grifo nosso)*

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;

III - se por meio eletrônico:

a) 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo;

b) na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes do prazo previsto na alínea a; ou

c) na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;

*(Vide Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, que altera este inciso). (grifo nosso)*

*(Inciso III com redação dada pela Lei nº 12.844, de 19.07.2013, DOU de 19.07.2013, Edição Extra, em vigor na data de sua publicação.:"III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;"). (grifo nosso)*

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

*(Inciso IV acrescido pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação). (grifo nosso)*

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

*(redação dada pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação). (grifo nosso)*

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária;

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

*(§ 4º com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação). (grifo nosso)*

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção.

*(§ 5º acrescido pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação). (grifo nosso)*

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária.

*((§ 6º acrescido pela Lei nº 11.196, de 21.11.2005, DOU de 22.11.2005, em vigor na data de sua publicação). (grifo nosso)*

§ 7º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão.

§ 8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação.

§ 9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo.

Verifica-se que a adoção do domicílio tributário eletrônico (DTE) não é obrigatória, nos termos do § 5º do artigo 23. O DTE somente será implementado com o expresse consentimento do sujeito passivo (devendo a administração tributária informar as normas e condições de sua utilização e manutenção). Contudo, tais implementações, pela sua praticidade, serão aos poucos efetivadas e, em um futuro próximo, serão regra e não exceção.

Quanto a questão das intimações, de acordo com §2º do artigo 23 do Decreto nº 70.235 (alterado pelo artigo 33 da Lei 12.844/13), considera-se feita a intimação por meio eletrônico em quinze dias, contados da data registrada no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou na data em que o sujeito passivo efetuar consulta no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, se ocorrida antes do prazo previsto na alínea a; ou na data registrada no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

Com o advento da Lei 12.844/13 foi modificada a questão relativa aos prazos referentes a intimação no Decreto 70.235/72. O contribuinte intimado que não acessar o sistema terá o prazo com data de início após 15 dias da disponibilização da intimação no ambiente virtual. Se acessar antes dos 15 dias, o prazo começa a contar da data de acesso ao sistema. Assim, deve o contribuinte estar

atento ao início da contagem dos prazos, para não incidir em erros (perda de prazos), o que resultaria na inviabilidade de exercer sua defesa. Cumpre ainda salientar que o §3º assevera que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência, podendo qualquer dos meios ali dispostos virem a ser utilizados.

Por sua vez, também a Receita Federal, através da Portaria SRF 259/2006 (alterada pela Portaria RFB nº 574/2009), regulou o Domicílio Tributário Eletrônico no seu âmbito de atuação. Dispõe essa legislação, sobre a prática de atos e termos processuais de forma eletrônica no âmbito da Secretaria da Receita Federal. Assim, a intimação do sujeito passivo será feita através do domicílio tributário eletrônico deste.

Considera-se domicílio tributário do sujeito passivo a Caixa Postal a ele atribuída pela administração tributária e disponibilizada no e-CAC (Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte), desde que o sujeito passivo expressamente o autorize.

Importante ressaltar, ainda, que há outras normas que fazem referência ao tema domicílio tributário eletrônico (DTE), como por exemplo: Instruções Normativas da RFB, Portarias Conjuntas da RFB/PGFN e Instruções Normativas da SRF.

Um exemplo, é a Instrução Normativa SRF nº 664/2006 que aprova o Termo de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico e o Termo de Cancelamento de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico para efeito de comunicação de atos oficiais por meio eletrônico no âmbito da Secretaria da Receita Federal. Também cabe referir a Lei Complementar nº 123/2006 que trata do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e que aborda o tema.

Destarte, passa-se a examinar no próximo item as vantagens e as desvantagens da adoção do domicílio tributário eletrônico.



## 6. O domicílio tributário eletrônico e suas implicações: prós e contras no que tange a sua adoção

No que concerne aos benefícios relativos a adoção do domicílio tributário eletrônico, podemos primeiramente elencar a diminuição dos custos de comunicação entre o Fisco e o contribuinte (geração de economia com a eliminação de papéis e despesas de correio).

Da mesma forma, traz maior praticidade, agilidade e eficiência aos procedimentos, tendo em vista que há redução no tempo de tramitação dos processos administrativos. Outro fator positivo, é a viabilidade de acesso do contribuinte a todos os seus processos digitais, na íntegra, bem como a garantia de sigilo fiscal.

Cabe salientar, que o acesso a serviços que exigiam comparecimento na sede da repartição pública tornou-se desnecessário com a adoção do DTE, evitando perda de tempo pelo deslocamento do contribuinte até a instituição, pois pode-se ter acesso pelo ambiente virtual (frisa-se que para acesso a alguns serviços é necessário o Certificado Digital). Outro ponto, é o relativo a maior segurança no que diz respeito ao extravio de informações, bem como a maior facilidade na busca de informações. Enfim, o DTE traz maior facilidade, celeridade e controle nas informações, comunicações e notificações ao contribuinte<sup>12</sup>.

Já no que tange aos pontos negativos da adoção do Domicílio Tributário Eletrônico, podemos citar primordialmente os problemas relativos à intimação eletrônica. A tecnologia traz maior celeridade, buscando maior eficiência nos procedimentos administrativos. Todavia, surgem dúvidas quanto a questões técnicas que podem atingir Princípios Constitucionais de maior relevância dentro da seara jurídica, como por exemplo, o Princípio do Contraditório.

---

<sup>12</sup> DE OLIVEIRA, Fernanda Vargas. **Vantagens e Desvantagens da opção pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE)**. Disponível em: <https://martinsfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/172856074/vantagens-e-desvantagens-da-opcao-pelo-domicilio-tributario-eletron-ico-dte>. Acesso em 20 de ago. 2018.

Quem opta pela utilização do Domicílio Tributário Eletrônico, deve estar ciente das regras relativas a sua utilização, bem como das implicações que o mau uso dessas ferramentas pode causar. Desse modo, é de suma importância dar conhecimento técnico (como operar as ferramentas dispostas no sistema) e legislativo (conhecimento da legislação atualizada sobre o tema) a todos os usuários que têm acesso e fazem uso do Domicílio Tributário Eletrônico. Há, por exemplo, empresas onde vários setores (jurídico, contábil, fiscal, etc.) têm acesso a essas ferramentas no ambiente virtual, o que potencializa a necessidade de maiores cuidados (ex: intimações e começo de contagem de prazos no momento de algum acesso por esses diversos setores)<sup>13</sup>.

Dessa forma, frisa-se que, inexoravelmente, deve-se atentar em relação a como se dá a intimação pelo meio eletrônico, bem como à contagem do prazo para eventual recurso administrativo (para não acabar com algum débito inscrito em dívida ativa pela perda do prazo processual).

No próximo item, analisa-se sobre a necessária adequação da lei tributária frente ao advento das novas tecnologias e sua utilização nessa seara.

## **7. A necessidade de uma revisão na legislação tributária para adequação a nova realidade tecnológica**

As novas tecnologias, mormente as ligadas à internet, trouxeram novos paradigmas que estão modificando nossa estrutura social e, por via de consequência, também o ambiente jurídico.

Tal desenvolvimento tem suas peculiaridades, com prós e contras, as quais o direito tem o dever de regular para salvaguardar

---

<sup>13</sup> SALOMAO, Paula Maria Casimiro. **O Domicílio Tributário Eletrônico e suas implicações**. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8927/O-domicilio-tributario-eletronico-e-suas-implicacoes>>. Acesso em 20 de ago. 2018.

os valores que a nossa sociedade considera como essenciais a sua própria existência.

No âmbito do direito tributário, há necessidade de uma reforma para a adequação da seara tributária às novas tecnologias existentes, com o desiderato de implementar um maior controle e eficiência quanto à fiscalização da arrecadação dos tributos necessários para o levantamento de recursos financeiros para o Estado.

Assim, todos os mecanismos que levam a uma maior agilidade, inclusive no campo das obrigações acessórias, levam a busca de uma melhor estrutura de arrecadação. Nessa esteira, o emprego eficiente dos meios tecnológicos existentes acaba por dificultar ou até mesmo impossibilitar a fraude e a evasão fiscal.

A busca por uma maior efetividade no combate à sonegação fiscal, é um dever do Estado, e para alcançar tal objetivo devem ser utilizados todos os meios possíveis (obedecido o Princípio da Legalidade evidentemente), principalmente aqueles que têm condições potenciais e concretas de serem tão eficazes na busca desse ideal.

Um exemplo é a possibilidade do uso, pelo Fisco, de ferramentas de controle fiscal (através dos meios virtuais), que viabilizam a verificação de uma gama de informações que podem ser usadas como meio de prova, e acabam por coibir ilícitos fiscais que seriam de difícil fiscalização (caso não fossem utilizadas essas novas tecnologias).

O domicílio tributário eletrônico é um exemplo desse necessário progresso da ciência jurídica no que tange a utilização dos novos mecanismos tecnológicos disponíveis (uso de ambientes virtuais). Assim, a feitura de Leis para a utilização e regulamentação desses novos mecanismos é de suma importância para o progresso da nossa sociedade, que cada vez mais demanda por celeridade e funcionalidade em todas as searas, sendo também imprescindíveis nos procedimentos administrativos e fiscais.

Por derradeiro, verifica-se a necessidade de revisão da legislação tributária para sua adequação a nova realidade tecnológica, sendo tal procedimento essencial para o combate à fraude fiscal, sonegação e evasão de divisas, que tanto prejudicam a implementação das políticas públicas.

## **8. Considerações finais**

Com as inovações tecnológicas e as facilidades trazidas às mais diversas áreas do conhecimento, imprescindivelmente a seara jurídica deve adequar-se e modernizar-se.

A implementação desses recursos tecnológicos objetivando maior celeridade e economia de custos nos procedimentos administrativos são de enorme valia, mormente, na consecução de uma maior efetividade por parte da Administração Pública.

O Estado utiliza-se da tributação para seu financiamento e implementação de políticas públicas, consubstanciando-se o pagamento de impostos em um dever fundamental por parte do contribuinte (respeitados os Princípios Constitucionais Tributários). A determinação do Domicílio Tributário tem como escopo a facilitação da fiscalização pelo Fisco no que concerne a arrecadação tributária. E o Domicílio Tributário Eletrônico, como visto, tem vantagens nesse processo, e se torna importante mecanismo a ser utilizado pelo Fisco.

Indubitavelmente, devemos ter a devida cautela no que concerne ao respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais. É inequívoco que problemas de ordem material e processual surgirão, havendo prós e contras na adoção das novas tecnologias no âmbito do direito tributário.

Assim, concluímos sobre a importância da análise do tema. A abordagem do assunto tem o objetivo de promover o seu estudo, bem como salientar a necessidade do uso das novas tecnologias na seara tributária. Atenta-se para a necessária utilização desses

mecanismos com o desiderato de uma melhor fiscalização e arrecadação de tributos.

Desse modo, com o maior uso dessas novas ferramentas pelos usuários, paulatinamente serão dirimidos os problemas que certamente sobrevirão com o tempo, através do amplo debate dos estudiosos da ciência jurídica, bem como das demais áreas científicas envolvidas (buscando-se os ajustes entre a utilização dessas novas tecnologias e o respeito às normas jurídicas).

### **Referências:**

NABAIS, José Casalta. **O Dever de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A. 2007.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães ; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2<sup>a</sup> ed. Ed. MP, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25<sup>o</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

JDE OLIVEIRA, Fernanda Vargas. **Vantagens e Desvantagens da opção pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE)**. Disponível em: <<https://martinsfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/172856074/vantagens-e-desvantagens-da-opcao-pelo-domicilio-tributario-eletronico-dte>>. Acesso em 20 de ago. 2018

SALOMAO, Paula Maria Casimiro. **O Domicílio Tributário Eletrônico e suas implicações**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8927/O-domicilio-tributario-eletronico-e-suas-implicacoes>>. Acesso em 20 de ago. 2018.



## **Os direitos fundamentais dos empresários, trabalhadores e contribuintes em geral na era das obrigações e dos cruzamentos fiscais com uso intensivo da tecnologia da informação**

*Carlos Antonio Souza Villela <sup>1</sup>*

### **1. Os direitos fundamentais dos empresários, trabalhadores e contribuintes em geral com o uso intensivo da tecnologia da informação na fiscalização e na administração pública**

#### **1.1 A história dos direitos fundamentais e a relação com o estado**

Os primeiros direitos fundamentais têm seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, uma não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito do Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Advogado, Administrador e Consultor Jurídico da Borba, Pause & Perin - Advogados, sociedade profissional especializada em consultoria de direito público aos Municípios do Rio Grande do Sul e outros Estados da Federação. Docente na Faculdade São Francisco de Assis, onde é professor titular das disciplinas de Direito Tributário, Processual Tributário, Empresarial, Societário e Falimentar. De 2013 a 2018 foi Instrutor da Escola Superior da Receita Federal do Brasil ? ESAF RS. Tem experiência nas áreas de Direito Público e Privado, com ênfase em Licitações e Contratos, Empresarial, Tributário, Trabalhista e Fiscal. (Texto informado pelo autor no Currículo Lattes).



Em suma, os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam a restringir a atuação do Estado, exigindo deste um comportamento omissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal.

Somente no século XX, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais e econômicos –, os direitos fundamentais passaram a ter feição, positiva, isto é, passaram a exigir, também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.

O Título II da Constituição de 1988 trata, em cinco capítulos (arts. 5º a 17º), dos “Direitos e Garantias Fundamentais” assegurados em nossa Federação pelo ordenamento jurídico. As diferentes categorias de direitos fundamentais foram assim agrupadas: direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos relacionados à participação e à sua existência e organização (Capítulo V).

Os direitos fundamentais desempenham as mais variadas funções na ordem jurídica, a depender do seu campo específico de proteção. Com efeito, os direitos fundamentais ora asseguram aos indivíduos o direito de defesa frente à ingerência abusiva do Estado, ora legitimam a exigência de atuação positiva do estado e, ainda, podem assegurar ao indivíduo o chamado direito de participação.

Temos o status passivo, quando o indivíduo encontra-se em posição de subordinação aos poderes públicos caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado; nessa situação, o Estado pode obrigar o indivíduo, mediante mandamentos e proibições.

Em outras situações, reconhece-se que o indivíduo, possuidor de personalidade, tem o direito de desfrutar de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Enfim, faz-se necessário que o Estado não tenha ingerência na autodeterminação do indivíduo, que tem direito a gozar de algum

âmbito de ação desvincilhado da ingerência estatal. Temos nessa situação, o status negativo.

O professor Alexandre de Moraes sintetiza como principais características dos direitos fundamentais as seguintes: a) imprescritibilidade; b) inalienabilidade c) irrenunciabilidade d) inviolabilidade e) universalidade f) efetividade g) interdependência h) complementaridade i) relatividade ou limitabilidade, ou seja, os direitos fundamentais não têm natureza absoluta.

Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2º do art. 5º da CF/1988, nos termos seguintes: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ainda, devemos recordar que os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais. Para delimitar o objeto do nosso estudo, vamos rever o conceito dos chamados direitos de primeira geração, justamente aqueles que caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não fazer, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação de cada indivíduo. São chamadas liberdades individuais, que têm como foco a liberdade do homem individualmente considerado, sem nenhuma preocupação com as desigualdades sociais. Surgiram no final do século XVIII, como uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto.

Representam os meios de defesa as liberdades do indivíduo, a partir da exigência da não ingerência abusiva dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo. Limitam-se a impor restrições à atuação do Estado, em favor da esfera de liberdade do indivíduo. Por

esse motivo são referidos com direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

Na Constituição Federal de 1988, quanto aos destinatários de direitos fundamentais, temos:

- a) Direitos fundamentais destinados às pessoas naturais, às pessoas jurídicas e ao Estado – direito da legalidade e de propriedade (art. 5º, II e XXII);
- b) Direitos fundamentais extensíveis às pessoas naturais e às pessoas jurídicas – inviolabilidade do domicílio e assistência jurídica gratuita e integral (art. 5º, XI e LXXIV);
- c) Direitos fundamentais exclusivamente voltados para a pessoa natural – direito de locomoção e inviolabilidade da intimidade (art 5º, XV e X);
- d) Direitos fundamentais restritos aos cidadãos – ação popular e iniciativa popular (art. 5º, LXXIII e 14, III);
- e) Direitos fundamentais voltados exclusivamente para a pessoas jurídicas – direito de existência de associações, direitos fundamentais dos partidos políticos (art. 5º, XIX e 17)
- f) Direitos fundamentais voltados exclusivamente para o Estado – direito de requisição administrativa no caso de iminente perigo público e autonomia política das entidades estatais (art. 5º, XXV e 18)

Os direitos fundamentais regulam, precipuamente, as relações entre o Estado e o particular. Como regra, representam direitos – de índole positiva ou negativa – conferidos ao particular frente ao estado. Regulam, dessarte, as chamadas relações verticais.

Todavia, há hipóteses, porém, em que resta clara a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no vigente texto constitucional, como no caso dos direitos dos trabalhadores, arrolados no art. 7º da Constituição da República. Com efeito, como os destinatários dos direitos constitucionais trabalhistas são, por excelência, os empregados e empregadores privados, resulta indiscutível, nesse caso, a vinculação deles aos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar, que é de suma importância essa vinculação, tendo em conta o histórico de medidas discriminatórias e de condutas violadoras de direitos constitucionais fundamentais dos

trabalhadores, adotadas por empregadores em geral em relação a seus empregados.

Assim, na celebração do contrato de trabalho entre empresa privada e empregado, os sujeitos atuam sob o princípio da autonomia da vontade, no ajuste das respectivas cláusulas. Entretanto, não poderão afastar os direitos fundamentais incidentes sobre o negócio, por exemplo, estabelecendo à liberdade à greve (CF, art 9º) entre outros direitos sociais. Caso ocorresse tal ajuste, o contrato de trabalho seria válido, mas a cláusula obstativa do direito constitucionalmente previsto não teria validade frente ao ordenamento jurídico.

Enfim, o entendimento dominante em nosso país é de que não só o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, mas também os particulares, nas relações entre si. Desse modo, os direitos fundamentais vincula o Estado – incluindo o legislador, os órgãos administrativos e o Poder Judiciário – bem como os particulares.

Ainda, vale destacar que, embora modernamente os direitos fundamentais possam ter como sujeito não só o Estado, mas também os particulares, certo é que há direitos e garantias fundamentais que, pela sua natureza, têm como obrigado somente o Estado, a exemplo do direito de petição aos Poderes Públicos (CF, art. 5º, XXXIV, “a”) e do direito à assistência jurídica integral e gratuita (CF, art 5º, LXXIV).

Por fim, precisamos esclarecer que os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional, ou seja, não podem os direitos fundamentais ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos ilegais, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, a liberdade a iniciativa privada não será oponível ante a prática do crime de sonegação por exemplo. Havendo conflito ou colisão entre direitos fundamentais quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental

em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental, caberá ao intérprete realizar um juízo de ponderação conforme as características do caso concreto.

## **1.2 Os direitos sociais na constituição**

Os direitos sociais pertencem à segunda dimensão de Direitos Fundamentais, que está ligada ao valor da igualdade material (a igualdade formal já havia sido consagrada na primeira geração, junto com os direitos de liberdade). Não são meros poderes de agir – como o são as liberdades públicas –, mas sim poderes de exigir, chamados, também, de direitos de crédito:

Há, sem dúvida, direitos sociais que são antes poderes de agir. É o caso do direito ao lazer. Mas assim mesmo quando a eles se referem, as constituições tendem a encará-los pelo prisma do dever do Estado, portanto, como poderes de exigir prestação concreta por parte deste.

Em que pese a responsabilidade pela concretização destes direitos possa ser partilhada com a família (no caso do direito à educação), é o Estado o responsável pelo atendimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, ele é o sujeito passivo.

Em didática definição, André Ramos Tavares conceitua direitos sociais como direitos “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”.

Alguns autores classificam os direitos sociais como sendo liberdades positivas.

Também nesse caminho José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações

sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.

Uadi Lammêgo Bulos esclarece que tais “prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais”, e acrescenta que sua finalidade “é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real”.

De fato, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização; consideram o homem para além de sua condição individualista, e guardam íntima relação com o cidadão e a sociedade, porquanto abrangem a pessoa humana na perspectiva de que ela necessita de condições mínimas de subsistência.

Por tratarem de direitos fundamentais, há de reconhecer a eles aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º da CF), e no caso de omissão legislativa haverá meios de buscar sua efetividade, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Se, de um lado, os direitos individuais servem ao fim de proporcionar liberdade ao indivíduo, limitando a atividade coercitiva do Estado, os direitos sociais, de outro, visam assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas, que apesar de pertencerem a sociedades complexas, “possuam prerrogativas que os façam reconhecer-se como membros igualitários de uma mesma organização política”.

Os direitos sociais surgem no prisma de tutela aos hipossuficientes, “assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real. Visam, também, garantir a qualidade de vida das pessoas.

A declaração de igualdade formal, propiciada com a declaração dos direitos humanos de primeira dimensão, não foi suficiente para proporcionar igualdade de condições no acesso a bens e serviços. Não havia garantia expressa, prevista em Lei ou

norma constitucional, a tutelar o acesso ao trabalho, lazer, moradia, saúde, segurança, previdência social, alimentação. A desigualdade econômica criou abismos entre os detentores da riqueza e os pobres; estes não ostentavam condições para desfrutar de prestações mínimas para uma vida digna.

Walber de Moura Agra e Jorge Miranda convergem na identificação do resultado prático esperado dos direitos sociais, pois, o primeiro afirma que “os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades”, enquanto o segundo conclui que tais direitos visam “promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento.

O tratadista destaca inexistir uma vinculação entre “direito social e estado socialista e direito individual e estado liberal, pois em ambos os tipos de organização política estão presentes estas duas dimensões de prerrogativas”, dado que os direitos sociais são reconhecidos por sua importância, porquanto visam proteger setores sociais mais frágeis, de modo a construir uma nação mais homogênea.

Vale destacar que a Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivos fundamentais da República erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), metas que só poderão ser alcançadas com o avanço dos direitos sociais.

A amplitude dos temas inscritos no art. 6º da Constituição deixa claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, principalmente, no Título VIII - Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

Os direitos sociais podem ser agrupados em grandes categoriais: a) os direitos sociais dos trabalhadores, por sua vez

subdivididos em individuais e coletivos; b) os direitos sociais de seguridade social; c) os direitos sociais de natureza econômica; d) os direitos sociais da cultura; e) os de segurança.

Uadi Lammêgo Bulos destaca que os direitos sociais da seguridade social envolvem o direito à saúde, à previdência social, à assistência social, enquanto que os relacionados à cultura abrangem a educação, o lazer, a segurança, a moradia e a alimentação.

José Afonso da Silva, em Curso de Direito Constitucional positivo, propõe a divisão dos direitos sociais em: i) relativos aos trabalhadores; ii) relativos ao homem consumidor. Na primeira classificação, isto é, direitos sociais do homem trabalhador, teríamos os direitos relativos ao salário, às condições de trabalho, à liberdade de instituição sindical, o direito de greve, entre outros (CF, artigos 7º a 11).

Na segunda classificação, ou seja, direitos sociais do homem consumidor, teríamos o direito à saúde, à educação, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que estariam no título da ordem social.

### **1.3 O uso intensivo da tecnologia da informação na administração pública**

Com a introdução da informatização intensiva das declarações e o cruzamento das informações dos contribuintes verificou-se inegável revolução nas atividades que envolvem a fiscalização dos direitos sociais trabalhista e, principalmente, a constituição de créditos de natureza tributária, previdenciária e fiscal. A Secretaria da Receita Federal e o Ministério do Trabalho integraram através do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED a comunicação em ambiente “virtual” para o envio de declarações eletrônicas e, assim, a proliferação de declarações, controles e, obviamente, cruzamentos e auditorias “digitais”.



Esse cenário impõe aos estudiosos do Direito uma rigorosa revisão da teoria sobre constituição do crédito tributário à luz dos limites constitucionais ao poder de tributar, com enfoque principalmente lançamento por homologação, no erro de direito e no erro de fato na constituição do crédito tributário, nas presunções e ficções no Direito aplicável e na liquidez e certeza do crédito inscrito em dívida ativa. Essa revisão “virtual” perpassa questões práticas que surgiram com o advento das declarações eletrônicas e da fiscalização efetuada por meio do cruzamento de informações eletrônicas, ou seja, questões que surgiram no contexto da sociedade digital de massa.

O advento de uma nova era onde todas as informações do contribuinte estarão imediatamente à disposição das autoridades fiscais certamente significou um grande avanço na eficiência do sistema de arrecadação, mas não pode ser fonte de desrespeito aos direitos e garantias dos contribuintes e empregadores.

A inserção dos aspectos pragmáticos da informatização nas interpretações tradicionalmente construídas no Direito resulta em novas possibilidades de construção de sentido e em novos limites para a interpretação, ambos necessários para a manutenção da coerência do sistema jurídico.

Utilizaremos neste capítulo, especialmente o conjunto de normas referentes à informatização da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como forma de permitir uma visão mais analítica das repercussões da informatização no Direito. Assim, podemos emitir proposições sobre o nosso objeto de estudo que poderão ser igualmente válidas para demais órgãos envolvidos, destacando elementos relevantes da análise das normas que acompanham o processo de informatização da relação fisco/contribuinte.

Ives Gandra., em texto publicado no jornal Valor Econômico, de 23.12.2004, sob o título “A 25ª hora tributária”, catalisa o desapontamento dos contribuintes e operadores do Direito com os “computadores” da administração tributária. Do texto, cabe transcrever algumas passagens:

“Virgil Gheorghiu, notável romeno, escreveu famoso romance sobre a 2ª Guerra Mundial, intitulado a “25ª hora”. Um dos episódios do livro narra os julgamentos ocorridos no campo de concentração, em que as perguntas dirigidas aos prisioneiros eram sempre as mesmas e quaisquer que fossem as respostas, a decisão proferida era rigorosamente igual. Surgiu, então, a personagem chave desse episódio (Triyan Koruga) que a solução ideal seria – para efeitos de economia processual – permitir que os prisioneiros fossem inquiridos por uma máquina, que já teria a condenação gravada, pois o que menos importava, naqueles interrogatórios, era a defesa dos acusados.

A ironia do romancista do único país latino da região aplica-se, infelizmente, à atual realidade brasileira, em matéria tributária. Hoje, quem manda na Receita são os computadores. São eles que aceitam ou não, segundo seus programas, as respostas e as justificações dos contribuintes, acusando-os de sonegadores, sempre que os pagamentos por eles realizados não estiverem rigorosamente iguais aos dados com que foram alimentadas as máquinas pelos técnicos em informática, que, no mais das vezes, nunca se especializaram em Direito.

E, com isto, os computadores que vieram para reduzir o custo da administração pública e dos contribuintes, não só pioraram consideravelmente a vida de ambos, como entulharam o Poder Judiciário de questões inúteis, onerosas, em que tributo já pago continua sendo cobrado, certidões negativas de débitos não são liberadas em decorrência de eventual “pendência” identificada em algum documento eletrônico, etc com enormes prejuízos para a garantia de direitos como suspensão da exigibilidade de créditos, manutenção de enquadramentos fiscais e tributários, cumprimento de cotas legais de natureza sociais e trabalhistas como as de portadores de necessidades especiais, empregados aprendizes, etc.

Embora seja inegável a contribuição da informatização para o crescimento da arrecadação e garantia de determinados direitos sociais e trabalhistas, a “ditadura” dos computadores,

invariavelmente submete à “tortura” de permanecer horas na fila, ter que deflagrar procedimentos que são ignorados, ficar privado de documentos indispensáveis para inúmeros atos da vida civil e comercial, sofrer constrições patrimoniais, não ter reconhecidos direitos como o tempo de aposentadoria, etc.

Ao fazermos o percurso de geração de sentido das normas constitucionais, imprescindível para a construção das normas jurídicas que formam o arcabouço dos limites constitucionais ao poder de tributar, para destacar os enunciados que veiculam as garantias e direitos dos contribuintes, deparemos-nos com inúmeras questões para a elaboração de significados. Alguns pontos merecem maior atenção:

- Os limites constitucionais ao poder de tributar estão sendo respeitados no cenário de informatização?
- Em que medida as significações tradicionais de lançamento, inscrição em dívida ativa, presunção de liquidez e certeza, entre outras, podem ser aplicadas ao modelo de arrecadação e fiscalização informatizada?
- O devido processo legal está sendo observado neste novo momento da história do Direito, onde boa parte da atividade de fiscalização se encontra em ambiente informatizado?

Entendemos que é necessário ter como ponto de partida os princípios constitucionais que amparam a própria informatização, assim “talhar” limites e harmonizar direitos a partir das garantias constitucionais para uma administração pública “pós-informatização” que possa usufruir dos benefícios da modernização, em especial na arrecadação e garantia dos direitos sociais, mas sem perder de vista o atual nível de desenvolvimentos dos direitos e garantias fundamentais.

#### **1.4 A informatização e o direito**

O primeiro ponto a ser examinado é o contexto pragmático em que estão inseridas as normas que proporcionam a

informatização da administração pública, especialmente a tributária. Quais as implicações entre a informatização e o direito positivo?

A antiga imagem do coletor de impostos interagindo com o contribuinte em 1960 foi bastante relevante para a construção de muitas ideias e procedimentos atinentes ao crédito tributário, ao processo administrativo e judicial, entre outros, foram responsáveis por significações aos textos legais que ainda vigem na atualidade, mas é bastante diferente da realidade atual. O mundo se modernizou e as instituições assumiram o papel de agentes de recebimento do pagamento de tributos desde 1967. Assim, com a informatização, o procedimento que dependia de uma autoridade específica, passou a ser realizado pela internet, pelo contribuinte pelo método chamado lançamento por homologação em que o contribuinte declara e posteriormente aos procedimentos eletrônico a autoridade fiscal homologa.

Assim, o contribuinte e o empregador do século XXI cumpre suas obrigações tributárias sem sair de casa ou da sua empresa. É o próprio contribuinte e/ou empregador que identifica a ocorrência da hipótese de incidência, verifica a consequência jurídica prevista, ou seja, faz a norma incidir sobre o fato gerador, calcula o montante da obrigação e efetua o pagamento.

É claro que o cenário atual exige que o Direito também se aperfeiçoe para atender a essa realidade como ocorreu recentemente com na chamada reforma trabalhista em relação à realidade do trabalho remoto o chamado home office.

A informatização exige, diariamente, avanços no Direito, em especial nas normas que disciplinam os contratos, os crimes, a prova no processo, entre outros. Não há como escapar sem reparos da revolução da sociedade da informação ou sociedade digital.

Marco Aurélio Greco, em sua obra “Internet e Direito”, por exemplo, aborda aspectos jurídicos das transações eletrônicas, o comércio exterior na nova realidade da internet, a tributação do comércio eletrônico, dos serviços de provimento de acesso à

internet, o local da prestação de serviços de comunicação e as implicações do ambiente virtual para a apuração do imposto de renda, do ICMS, etc. No que diz respeito à administração, aborda os riscos à privacidade com o estabelecimento de uma identificação única dos cidadãos.

André Portella, em seu trabalho “Controle tributário do comércio eletrônico”, também deixa claro o foco da abordagem que desenvolve, chegando a analisar a atividade da administração tributária em linha com as operações do comércio eletrônico.

Em 1995, com a chegada da internet ao Brasil, a Receita Federal passou a disponibilizar informações por meio do site do Ministério da Fazenda, lançando seu próprio site em 1996. Já em 1997 as declarações de imposto de renda passaram a ser transmitidas pela internet, através de um programa especialmente criado para essa finalidade, o Receitanet.

As declarações eletrônicas permitiram a constituição de dois conjuntos de dados importantes: as informações remetidas do contribuinte para os órgãos de arrecadação e fiscalização e as informações geradas pelos sistemas da Secretaria da Receita Federal a partir do cruzamento das diversas declarações apresentadas pelos contribuintes e responsáveis. Na formação destas fontes há vários elementos que se mostram incompatíveis com o que podemos chamar de doutrina tradicional do Direito ou seja, com as significações atribuídas a alguns institutos do Direito pensado para um ambiente muito diferente, onde não havia a informatização.

Como exemplo, podemos citar o distanciamento entre os agentes da administração e o lançamento tributário. Antes, esses agentes efetuavam o lançamento, hoje não tomam conhecimento do lançamento, apenas atuam após a identificação do não recolhimento ou recolhimento parcial.

Com o formato eletrônico, as informações a serem prestadas em sua maioria precisam ser aceitas pelo programa gerador da declaração eletrônica, devendo atender à classificação estabelecida no momento da elaboração do programa. Apesar de os programas

serem feitos a parti da legislação vigente, não se pode esquecer que a aplicação do Direito exige elaboração interpretativa, o que finda por consagrar nos programas eletrônicos uma interpretação em detrimento das demais interpretações possíveis para a legislação de regência. Com frequência fatos geradores já declarados inconstitucionais pelas Cortes Superiores e já reconhecidos pelo Ente Tributante continuam a ser exigidos por anos até que tais parâmetros sejam alterados nos programas.

Se de um lado, as declarações eletrônicas podem ajudar o contribuinte, guiando-o para a interpretação que o fisco considera correta, por meio das sucessões de quadros e opções constantes no programa. De outro, parte de um pressuposto perigoso, o de que a interpretação construída num dado tempo e por dados agentes é a melhor interpretação para a Fazenda, para os contribuintes e para a coerência do sistema jurídico. Alguns conflitos derivados dessa limitação dos sistemas informatizados começam a aparecer e exigir posicionamento do Judiciário.

Na Secretaria da Receita Federal, a criação da Declaração de Créditos Tributários Federais – DCTF foi precedida de atribuição de caráter de confissão de dívida para declarações apresentadas perante a administração tributária. Com isso, tornou-se possível introduzir no sistema da receita federal parâmetros que geram cobranças automáticas para os contribuintes cujo valor declarado não encontre correspondente valor recolhido dentro do sistema. Os dados do sistema que geram as cobranças automáticas também geram inscrições em dívida ativa igualmente automáticas. Depois de decorridos alguns meses da inscrição em dívida ativa, o próprio sistema gera as iniciais de execução fiscal a serem propostas contra os contribuintes que faltaram com sua obrigação de recolher aos cofres públicos os tributos devidos. Ainda dentro do sistema, cada informação de tributo declarado que não encontre correspondência em pagamento gera o “débito em aberto”, impedindo a emissão de certidões de regularidade fiscal. A ideia do ponto de vista da eficiência da arrecadação, à primeira vista, é esplêndida, pois

confere agilidade à cobrança dos tributos, com benefícios para toda a sociedade. Entretanto, observa-se um número muito alto de cobranças em sede de execução fiscal indevidas, o que leva a grande desperdício de recursos humanos e financeiros do Estado e dos particulares por “abarroter” o Judiciário.

Diferentemente do previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 42 parágrafo único que prevê a restituição em dobro do que for cobrado em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, no caso da Fazenda Pública, porém, presume-se a liquidez e certeza do crédito tributário e atribui-se relevância ao interesse público na arrecadação, o que dificulta a solução dos problemas criados por erros no cumprimento dos deveres jurídicos instrumentais. Contra o contribuinte são mobilizados os meios de cobrança coercitiva do Estado antes que lhe seja dada chance de explicar a ocorrência de erro nas informações colhidas pelo sistema de dados da Secretaria da Receita Federal.

Ao que pese o inegável ganho de eficiência para Administração Pública, seja para a arrecadação ou para a tomada de decisões estratégicas sobre políticas públicas, os operadores do Direito não se mostram satisfeitos com o processo de informatização. É o que vemos nas palavras de Ives Gandra Martins, em obra coletiva por ele coordenada sobre princípio da eficiência em matéria tributária:

À nitidez, quanto mais complexo um sistema tributário, menos eficiente é. Exige gastos maiores da Administração pública para gerá-lo e fiscalizar os contribuintes e torna, para os contribuintes, muito mais custoso o cumprimento das obrigações e sua administração, com a necessidade de multiplicar a contratação de técnicos (advogados e contadores) para que não ocorram erros.

Como se vê, são inúmeros os aspectos das normas jurídicas que poderiam ser abordados sob a ótica da informatização. Aqui, restringimos a análise às declarações eletrônicas e o seu papel na constituição, fiscalização e cobrança do crédito tributário.

Entendemos que esse seja um aspecto importante da relação fisco/contribuinte, além de ser objeto de inúmeras controvérsias atualmente submetidas ao Poder Judiciário.

## **1.5 Considerações finais**

A evolução histórica da sociedade e das novas tecnologias justifica a composição dos direitos humanos e fundamentais relacionados neste capítulo, em especial em sua aplicação para o incremento da eficiência da Administração Pública.

Os direitos fundamentais dos empresários, trabalhadores e contribuintes em geral devem ser o ponto de partida para o desenvolvimento de novas funcionalidades práticas com o uso da tecnologia com o objetivo de buscarmos, incansavelmente, um equilíbrio e moderação, devendo observar claramente os limites constitucionais.

A praticabilidade deve conviver harmonicamente com os direitos de propriedade e liberdade, essencialmente atingidos pela atividade da Administração Pública.

Embora a informatização do Estado traga avanços para o processo de aplicação das normas, o que certamente se verifica também na informatização da administração tributária, não devemos substituir por completo o ato humano por ferramentas informatizadas em especial no momento de fazer incidir o fato a norma em procedimentos que geram consequências imediatas sobre direitos já resguardados como ocorre, por exemplo, nos procedimentos de execuções fiscais e restrições patrimoniais.

O excesso de deveres jurídicos instrumentais e a parametrização dos sistemas informatizados podem afetar a legalidade e a segurança jurídica razão pela qual devemos redobrar os cuidados ao admitir que as simplificações retirem a importância do aplicador da norma e as responsabilidades do Estado no processo de fiscalização.



Indiscutivelmente há grande interesse público no aumento da arrecadação e seus benefícios para a efetiva promoção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Todavia, a própria Constituição estabelece limites para atuação Estatal e define garantias que não podem ser “atropeladas” em nome da racionalização das atividades e arrecadação em desacordo com tais preceitos.

Pensamos que harmonizar a evolução dos sistemas informatizados a bem da Administração Pública com os Direitos e Garantias Fundamentais é o maior objetivo que deve ser perseguido neste caminho irreversível de evolução dos serviços públicos.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**, São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30/09/2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar à luz da Constituição de 1988**. 7º Ed. Rev. e compl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988, v. I.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia de Pesquisa Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. Atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., rev. E atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário: três modos de pensar a tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALIENDO, Paulo. Princípios e Regras: acerca do conflito normativo e suas aplicações práticas no direito tributário. **Revista de Direito Tributário** n. 95. São Paulo: Malheiros editores.

CALIENDO, Paulo. **Limitações constitucionais ao poder de tributar com fins extrafiscais**. p.03.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2.380p.

CARVALHO, Cristiano. **Ficções jurídicas no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros. **Decadência e Prescrição**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. Caderno de Pesquisa Tributárias n.1 (decadência e prescrição). São Paulo, Resenha Tributária/CEEU, 1976 .p. 463-580.

\_\_\_\_\_, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª ed. Reform. – São Paulo: Moderna, 2004.

DIDIER JR, Fredie – **Org. Ações Constitucionais**. 6ª ed. Rev., ampl. E atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. Rev. E aum. – São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed., rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FISCHER, Octávio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord) Princípio da eficiência em matéria tributária. São Paulo: **Revista dos Tribunais/CEE**, 2006. v.12., Col Pesquisas Tributárias, Nova Série. p.260-290

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta, in Virgílio Afonso da Silva (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros editores, 2009.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1988.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2000.

HORVATH, Estevão. Deveres instrumentais e seus limites. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Congresso IBET III**; Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2006.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. – São Paulo: Cia das Letras, 2009 (7ª reimpressão).

MACHADO, Hugo de Brito. **A decadência e os tributos sujeito ao lançamento por homologação.** Disponível em: <[www.hugomachado.adv.br/artigos/adecad.html](http://www.hugomachado.adv.br/artigos/adecad.html)>. Acesso em 30/10/2015.

\_\_\_\_\_, Hugo de Brito. **Certidões Negativas e direitos fundamentais do contribuinte.** São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários –ICET,2007

\_\_\_\_\_, Hugo de Brito. **Lançamento Tributário e decadência.** São Paulo: Dialética/Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2002

\_\_\_\_\_, **Princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** 4.ed.São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte.** São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário.** São Paulo: Atlas, 2004.

MARINS, James. **Tributação e tecnologia.** 1.ed.5.tir. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_, James. **Direito processual tributário brasileiro:** administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A 25ª hora tributária.** Valor Econômico, de 23 dez. 2004, Caderno Empresas.

\_\_\_\_\_, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 1999.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1986

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_, Leandro. **Certidões negativas de débito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**/Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 15<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Método, 2016.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Competência administrativa na aplicação do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_, Daniel Monteiro. **Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Proposta de equacionamento teórico das causas suspensivas à luz das normas de competência tributária administrativa** In: DE SANT, Eurico Marcos Diniz (coord). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ DE AYALA, José Luís. **Las ficciones en el derecho tributário**. 1.ed. Madrid:editorial de Derecho Financiero, 1970.

PORTELLA, André. **Controle tributário do comércio eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Do lançamento tributário: execução e controle**. São Paulo: Dialética, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. Rev. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

---

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 7ª ed. Rev. E atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

---

\_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição.** 8ª ed. Até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção No Domínio Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito.** Editora Campus Elsevier. São Paulo, 2008.

TIPKE, Klaus. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva.** São Paulo: Malheiros, 2002.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2005

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASQUES, Sérgio. **O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária.** Coimbra: Almedina, 2008.

VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle de proporcionalidade das desigualdades de tratamento. **Revista tributária e de Finanças Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 76, p. 36-72, set-out. 2007.



### **III - Direitos fundamentais, privacidade e expressão**





## **Direitos fundamentais e mídia: o abuso midiático nas investigações policiais**

*Alexandre Weihrauch Pedro*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

O presente artigo tem o objetivo de fazer uma breve análise da relação e a problematizar a colisão do direito de liberdade de imprensa (liberdades de expressão, à informação e à publicidade), que, por um lado, sustentam a atividade dos meios de comunicação, e, por outro lado, do direito ao processo justo (devido processo legal ou penal), que faz parte das garantias processuais penais do investigado/acusado. Dessa forma, pretende-se demonstrar que há uma linha tênue que separa a idônea publicidade midiática de fatos criminais e suas investigações, que são necessárias e salutares em um Estado Constitucional e democrático, e a violação dos direitos fundamentais do investigado por meio dos próprios veículos de mídia ocasionados pela exposição abusiva do fato criminoso, dos possíveis agentes e suas circunstâncias, fruto de uma espetacularização da investigação policial.

Assim, é de se destacar que vivemos em um tempo de grandes inovações tecnológicas que apontam para a real necessidade de rediscutirmos alguns contornos das relações jurídicas que envolvem

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Europeu e Alemão pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães – CDEA (UFRGS/PUCRS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP) e em Ciências Penais pela PUCRS. Bolsista CAPES. E-mail: alexandrew.advogado@gmail.com

os assim chamados direitos de imprensa e o direito ao processo justo por ocasião da colisão entre eles.

Conforme Zaffaroni (2013), não há dúvidas que a intensa globalização, é uma revolução fundamentalmente comunicacional, revolução que é um continuo curso dos movimentos/revoluções que marcaram os séculos anteriores, como a mercantil (século XIV), a industrial (século XVII) e a mais recente que é a tecnológica (século XX).

A questão é controvertida, mas não é propriamente nova, estando longe de se chegar a um consenso pacificado na doutrina e jurisprudência. Mesmo assim essa problemática tem se agravado e se tornado cada vez mais evidente com o avanço das inovações tecnológicas aplicadas tanto na realização da investigação criminal, quanto na publicitação de fatos criminosos por meio dos veículos midiáticos tradicionais e das redes sociais. É nesse sentido o seguinte trecho que demonstra essa preocupação dos próprios veículos de mídia:

De algum tempo para cá, o uso de grampos como material jornalístico virou ferramenta de trabalho. A reportagem foi sendo substituída por dossiê. [...] Viu-se a imprensa transformada num perigoso instrumento de vinganças, mas, ao mesmo tempo, numa instância prática de realização da justiça. (DI FRANCO, 2001)

Por tudo isso, no cenário estabelecido por um Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>, principalmente a partir da Constituição de

---

<sup>2</sup> Na esteira dos professores Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva, Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, entre outros, entendemos aqui a noção de *Estado Democrático de Direito* como um conceito histórico-evolutivo de Estado de Direito que possui uma concepção não apenas formal e procedimental, mas também material, agregando aos modelos que o antecederam (de Estado Legal ou Liberal-Burguês e de Estado Social ou “Welfare State”) um *plus* normativo de transformação social, de alteração do *status quo*. Como principais elementos constitutivos de um Estado Democrático de Direito podemos destacar os seguintes: a) supremacia da Constituição ou a vinculação do Estado a uma Constituição que possui rigidez e supremacia no ordenamento jurídico; b) princípio democrático regendo a organização da sociedade; c) sistema de garantias e direitos fundamentais calçados na dignidade da pessoa humana; d) princípios da igualdade e da justiça social; e) separação ou divisão de poderes e funções do Estado; f) princípio da segurança jurídica; g) responsabilidade do Estado e de seus agentes; e, por fim, h) primado do direito ou princípio da legalidade, que serve ademais como

1988, faz-se presente a exigência de maiores discussões acerca da publicidade que deve ter os atos de investigação policial, até mesmo para possibilitar o seu controle e fiscalização realizado pela sociedade (“accountability”), por um lado, e, por outro lado, há também a necessidade de se preservar os direitos de personalidade dos investigados e de efetivar o devido processo legal ou julgamento justo, de forma a não macular a presunção de inocência, tampouco prejudicar a ampla defesa, ocasionando um prejuízo antecipado e provavelmente irreparável, mesmo nos casos em que futuramente haverá uma condenação. É nesse sentido que o presente artigo visa a dar a sua contribuição teórica para o debate.

## **2. Breves considerações sobre os direitos de liberdade de imprensa (“free press”)**

Partindo-se da Constituição Federal de 1988 (CF/88), logo em seu artigo 5º, *caput*, encontramos a menção a um direito geral de liberdade ou de liberdades<sup>3</sup>, no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o que por si só nos remete a fundamentalidade desse direito e a importância para a ordem constitucional de sua proteção. Ademais dessa cláusula geral de liberdade, a Constituição consagra diversas outras liberdades específicas como o direito de ir e vir (art. 5º, XV); o direito de livre expressão do pensamento (art. 5º, IV), de liberdade de consciência, de crença e de exercício de cultos religiosos (art. 5º, VI); de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); de liberdade de informação (art. 5º, XIV); entre outros.

---

instrumento de desdobramento e ação transformadora do conteúdo da Constituição. Durante este trabalho usaremos como sinônimos gerais os conceitos de Estado Democrático de Direito e de Estado Constitucional.

<sup>3</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Conforme destaca Ingo Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 478), “o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional”. Apesar disso, a função dessa cláusula geral de liberdade, cede espaço quando se trata da aplicação de algum direito de liberdade em específico, inclusive porque cada direito de liberdade específico possui o seu próprio âmbito de proteção. Como muito bem ressalta esse autor, “Em síntese, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação às situações da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de proteção de uma liberdade em espécie” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 478).

Partindo-se então para o direito à liberdade de expressão de forma mais específica, com Ingo Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015) verificamos que embora se possa considerar esse direito de liberdade como um gênero que abarca diversas manifestação específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, liberdade de crença e de consciência, liberdade de informação, comunicação e de imprensa, não foi essa a opção terminológica adotada expressamente pela CF/88<sup>4</sup>.

Ademais dos dispositivos do art. 5º que tratam da liberdade de expressão de forma mais genérica, constata-se também diversos artigos espalhados pela Constituição diretamente relacionados com a liberdade de expressão, tais como a liberdade de cátedra no âmbito das atividades de ensino – prevista no art. 206, inciso II<sup>5</sup> –, e o art.

---

<sup>4</sup> Apesar disso, doravante no presente trabalho vamos utilizar o termo “liberdade de expressão” de forma genérica para tratar sobre todas as suas manifestações específicas – tais como a livre manifestação do pensamento, liberdade de crença e de consciência, liberdade de informação, comunicação e de imprensa –, pois adequado ao estudo e a abordagem que pretendemos realizar aqui.

<sup>5</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

220<sup>6</sup> e seguintes que integram o capítulo destinado a comunicação social. Tudo isso será abarcado pelo que vamos chamar de liberdade de expressão.

Por todos esses artigos previstos na Constituição, verificamos a importância que a nossa ordem jurídica dá a liberdade de expressão, por ser não só um dos principais fundamentos da dignidade da pessoa humana, naquilo que possibilita o livre desenvolvimento do indivíduo e o respeito a sua autonomia, mas também porque guarda relação com o próprio regime democrático e a garantia do pluralismo político, possibilitando um livre mercado de ideias, opiniões e debates. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Conforme José Afonso da Silva (2004), a liberdade de expressão (ou de opinião) nada mais é do que uma forma de exteriorização da liberdade de pensamento, ou seja, a liberdade de opinião resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso que a doutrina a categoriza como uma liberdade primária e ponto de partida para as demais liberdades. Assim, conceitua o autor, “trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro” (SILVA, 2004, p. 240).

Por tudo isso, ressalta Ingo Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 489) que o âmbito de proteção da liberdade de expressão “deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos”.

---

<sup>6</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Ademais, ressalta ainda o autor que, em princípio, todas as formas de manifestação não violentas estão protegidas pela liberdade de expressão, tais como “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como mensagens de páginas de relacionamentos, blogs, etc.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 489)

Ainda, deve-se destacar também que a liberdade de expressão, nos seus diversos aspectos, contempla tanto a possibilidade de exprimir suas opiniões em relação ao seu conteúdo, quanto a de não se expressar, ou a de permanecer em silêncio, guardando as suas opiniões na esfera íntima do indivíduo (SILVA, 2004). Aliás, direito que é expressamente previsto em relação aos presos no art. 5º, inciso LXIII da CF/88<sup>7</sup>, sem, contudo, se restringir a eles.

Portanto, percebe-se que a liberdade de expressão não só “assume a condição precípua de direito de defesa (direito negativo), operando como direito da pessoa de não ser impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 491), mas também possui “uma correlata dimensão positiva, visto que a liberdade de expressão implica um direito de acesso aos meios de expressão” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 491), tal como se verifica por ocasião do direito de resposta. Além disso, a liberdade de expressão também apresenta uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Numa dimensão subjetiva outorgando aos seus titulares um direito subjetivo individual ou coletivo, numa dimensão objetiva importando em deveres estatais de tutela (“Schutzpflicht”), que podem/devem ser satisfeitos mediante a edição de normas e/ou a criação de órgãos ou instituições que atuem na proteção desses direitos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

---

<sup>7</sup> Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Por fim, conforme ressalta Sarlet e Neto (2017), é de se destacar que a configuração do conteúdo e alcance da liberdade de expressão, em qualquer país e numa determinada época, vai para além dos textos do direito constitucional positivo ou dos textos dos sistemas supranacionais de proteção dos direitos humanos, conformando-se como o resultado dinâmico de um complexo processo de regulação estatal, que vai para além do poder legislativo, envolvendo também a (re)construção doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria.

### **3. Alguns apontamentos sobre o direito ao devido processo legal ou ao processo justo (“fair trial”)**

Como ressalta Gilmar Mendes, a ideia de devido processo legal (“due process of law”), na sua gênese histórica Inglesa, estava associada ao direito de liberdade, bem como à legalidade. Dessa forma, qualquer restrição ao direito de liberdade somente poderia ocorrer mediante um processo e julgamento previamente definidos em lei. Essa ideia original de devido processo legal, constante na Magna Carta Inglesa de 1215, foi desenvolvida através dos séculos nas diversas ordens constitucionais posteriores e acabou sendo incorporada ao paradigma do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo contemporâneo. (CANOTILHO et al., 2013).

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015), o direito ao devido processo legal pode ser considerado como a maior contribuição do “common law” para a civilidade do direito e certamente representa o *ius commune* em matéria de direito processual.

Atualmente, mesmo nas ordens constitucionais que não trazem o devido processo legal ou o direito a um processo justo (“fair trial”) expressamente consagrado em seus textos (e.g. a Lei Fundamental de Bonn, de 1949), a noção de devido processo legal é considerado como um princípio constitucional implícito que serve de fundamento de toda a ordem jurídica de um Estado democrático



de Direito. “O devido processo, assim, pode ser deduzido do conjunto de princípios de uma ordem constitucional fundada na legalidade e na proteção das liberdades” (CANOTILHO et al., 2013, p. 429).

A Constituição Federal traz o direito ao devido processo legal no art. 5º, inciso LIV<sup>8</sup>, consagrando expressamente essa locução, embora ela seja criticável pela doutrina, que muitas vezes prefere o uso da expressão “direito ao processo justo” por duas razões: primeiramente, porque o termo “devido processo legal” remete:

Ao contexto do Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*, *État de Droit*) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 730)

Em segundo lugar, porque, por conta da tradição norteamericana, esse termo remete a que se procure por uma dimensão substancial dele (“substantive due process of law”), quando no modelo constitucional brasileiro não há a necessidade de se pensar para além de uma dimensão processual desse direito. No nosso ordenamento jurídico, não há necessidade de se recorrer ao devido processo legal substantivo para reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos, primeiro porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade não decorrem da suposta dimensão substantiva do devido processo legal e sim dos direitos à liberdade e à igualdade, uma vez que “as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 730); segundo porque a própria Constituição Federal prevê que o catálogo

---

<sup>8</sup> Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*.

de direitos fundamentais é um rol materialmente aberto, conforme o art. 5º, § 2º da CF/88º.

Destarte, podemos dizer que o direito a um processo justo possui o status de “sobre princípio” que serve como uma pauta mínima de conformação do processo, atuando através de subprincípios ou elementos estruturantes que impõem deveres organizacionais e de procedimento ao Estado tanto na sua função legislativa, quanto executiva e judiciária. Esse direito tem por objetivo assegurar que se obtenha uma decisão justa. “Ele é o meio pelo qual se exerce *pretensão à justiça (Justizanspruch)* e *pretensão a tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)*” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 732). Conforme destacam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante um processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 731).

Dessa forma, todo e qualquer processo deve estar em conformidade com o direito ao processo justo, como condição sem a qual não possui legitimidade perante a nossa ordem constitucional: seja ele um processo jurisdicional (penal, civil, trabalhista, eleitoral etc.), seja ele um processo não jurisdicional (administrativo, legislativo, arbitral). De forma que, mesmo os processos que correm entre os particulares, quando tendentes a imposição de quaisquer penas ou restrições de direitos, “devem observar o perfil organizacional mínimo de processo justo traçado na nossa Constituição. Fora daí há nulidade por violação do direito ao processo justo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 732).

---

<sup>9</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto, o direito ao processo justo é multifuncional e goza de eficácia vertical e horizontal (“Drittwirkung”), assim como os seus elementos estruturantes. Multifuncional porque possui funções integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora. Quanto às eficácias, o direito ao processo justo, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Obriga o Estado Constitucional a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade que dele dimana (eficácia vertical), o que inclusive pode ocasionar repercussão lateral sobre a esfera jurídica dos particulares (eficácia vertical com repercussão lateral). Ainda, obriga os particulares, em seus processos privados tendentes a restrições e extinções de direitos, a observá-lo (eficácia horizontal). (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 736).

Em se tratando de uma norma-princípio, o direito ao processo justo não traz em seu bojo o procedimento devido a ser adotado ou o conjunto de comportamentos necessários a realização de sua finalidade, entretanto através da análise da doutrina e jurisprudência acerca desse princípio é possível traçar o seu conteúdo mínimo, mormente em matéria criminal. (SCHREIBER, 2008).

Conforme Simone Schreiber (2008), a relação desigual no processo – no qual está, de um lado, o Estado exercendo o poder punitivo e, de outro, o indivíduo na possibilidade de ser privado da liberdade – moldou o conteúdo do direito ao processo justo na seara criminal, estruturando e relacionando-o com os direitos e garantias à presunção de inocência, à ampla defesa, ao contraditório, ao silêncio, à razoável duração do processo, à paridade de armas, ao juiz natural e imparcial, à vedação de prova ilícita, entre outros.

Por todos esses elementos estruturantes e por seu conteúdo, não se revelam precipitadas as palavras de Nereu Giacomolli (2014) sobre o direito ao processo justo, para quem este modelo constitucional informa o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes envolvidos neste processo, desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo e sociedade.

Além de estabelecer os limites, o direito ao processo justo também legitima, dentro de seus parâmetros, a atuação do Estado na persecução penal.

Assim, verifica-se que com a adoção do direito ao processo justo pela Constituição de 1988, o processo penal brasileiro deixou de ser um mero instrumento utilizado para condenar e aplicar penas, passando a ser um instrumento de tutela e efetivação de direitos e garantias constitucionais. Contudo, apesar da mudança paradigmática, parece que essa devida filtragem hermenêutico-constitucional ainda não ocorreu adequadamente, de forma que a antiga praxis da persecução criminal ainda não foi superada pelo novo da Constituição. A construção de um processo penal justo e democrático “passa pelo regramento, cognição e preparação dos sujeitos processuais, no plano endoprocessual, bem como pela informação adequada à cidadania da nova ordem constitucional e convencional, na esfera extraprocessual” (GIACOMOLLI, 2014, p. 81).

Em suma, verifica-se que, “a justiça da decisão é aferida pelo ‘procedimento devido’. Assim, é necessário garantir um ambiente adequado ao julgamento” (SCHREIBER, 2008, p. 378), de forma que juízes não estejam submetidos a pressões que possam influenciá-los a julgar num ou noutro sentido, mantendo a sua imparcialidade e formando suas convicções com base nas provas e alegações produzidas em contraditório judicial durante o processo. De forma que, “a sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 730).

#### **4. Breves considerações sobre as investigações preliminares**

Como muito bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “a publicidade é essencial ao princípio democrático e ao princípio do Estado de Direito (auf dem Demokratie – und dem Rechtsstaatsprinzip)” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 775), de forma que mesmo em não sendo um direito expressamente

previsto no catálogo de direitos fundamentais, sua imprescindibilidade seria compreendida de forma muito fácil como consequência do próprio caráter democrático da administração da justiça em um Estado Constitucional.

Desse modo, temos que a regra do processo penal é a publicidade geral e imediata. Publicidade geral é aquela em que todos têm acesso ao conteúdo dos autos (“allgemeine Öffentlichkeit”), a imediata, por sua vez, é aquela na qual é facultado a todos a presença no momento da prática dos atos processuais (“unmittelbare Öffentlichkeit”) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015). Isso se depreende facilmente da Constituição Federal, nos arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, como vemos:

*Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

*Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

Logo vemos que, em se tratando de processo penal já instaurado (após o recebimento da denúncia), a regra que impera no sistema brasileiro é a permissão de acesso de modo geral a todos (publicidade ampla) e a exceção que se dá é o sigilo, sempre de forma excepcional e nos casos de defesa da intimidade do acusado ou por imperativo do interesse social.

Ainda, na parte final do art. 93, inciso IX da CF/88, constata-se que o próprio legislador já operou uma ponderação nos casos de colisão entre a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo – no caso aqui trabalhado, dos investigados – e a liberdade de informação, devendo prevalecer esta sempre que houver uma finalidade informativa de interesse público.

Essa publicidade ampla como regra se justifica, conforme destaca Nereu Giacomolli (2014, p. 339), pois uma das críticas realizadas à metodologia inquisitorial foi, justamente, “o sigilo da prova do delito, das decisões criminais, bem como de grande parte dos procedimentos criminais, motivo por que a publicidade passou a relacionar-se com o modelo acusatório, constitucional e democrático de processo penal”.

Dessa forma, garante-se às partes, bem como a toda sociedade de um modo geral, a ciência e a informação acerca dos delitos que estão sendo processados e julgados, das provas produzidas e das condenações/absoluções efetuadas pelo Estado. A publicidade, nesse sentido, exerce uma importante função dando transparência e permitindo o controle interno – por meio do contraditório e da impugnabilidade dos atos e decisões passível de ser realizada pelos sujeitos processuais – e externo – através da publicização e fiscalização dos atos da administração da justiça pelo grande público –, possibilitando a “accountability” democrática do processo como um todo e do resultado de seu julgamento (GIACOMOLLI, 2014).

Por tudo isso, verifica-se a importância da publicidade e transparência da administração da justiça, especialmente na seara criminal. Pois somente assim é possível averiguar a isenção e imparcialidade do processo e dos julgadores, a ausência de privilégios e arbitrariedades em desacordo com o Estado Democrático de Direito, a ocorrência do devido processo legal, bem como controlar o tempo de duração processual e a efetivação da ampla defesa e do contraditório realizado por parte do acusado. Assim, a publicidade atenderia a uma função de “garantia das outras garantias, inclusive da reta aplicação da lei” (GRECO FILHO apud PRADO, 2006, p. 159).

Contudo, quando se trata das investigações criminais (tais como o inquérito policial), essa lógica se inverte, com base na sua própria finalidade: a de procedimento de natureza administrativa pré-processual que visa a “averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício

da ação penal ou o arquivamento (não processo)” (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 90-91). Na fase da investigação a regra é o sigilo externo, aquele que é oponível ao público em geral, mas não ao investigado e aos seus defensores constituídos, de forma a não prejudicar o direito de defesa. Assim a defesa terá acesso a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do procedimento investigatório (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015), matéria inclusive já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Nesse mesmo sentido é também a dicção do art. 20 do Código de Processo Penal que aduz que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Assim, o sigilo externo da investigação preliminar se justifica tanto para a boa condução da investigação criminal, de forma que haja sucesso na realização de diligências policiais e que se desvendem os fatos criminosos investigados, quanto por exigência de interesses sociais, aqui inseridos não só a apuração do delito, mas também a proteção dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais dos investigados, das vítimas e das testemunhas (SCHREIBER, 2008).

Como ressalta Germano (2012), o sigilo ou segredo de justiça deve ser observado sobre dois enfoques distintos e complementares: como forma hábil de garantir o desenrolar da investigação e como forma de proteção dos direitos humanos e fundamentais do investigado. E aqui podemos incluir tanto os direitos de personalidade, quanto o direito a ter um julgamento justo ou o devido processo legal, todos assegurados constitucionalmente.

Ademais, é mister ressaltar que a instauração da investigação preliminar ocorre em sede de cognição sumária, na qual basta a existência da possibilidade do delito, o *fumus commissi delicti*. Cognição diversa e mais aprofundada é a relacionada aos requisitos

---

<sup>10</sup> Súmula Vinculante 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

para a ação penal (para a denúncia formal e o seu recebimento) que deve se basear em um juízo de probabilidade de autoria e materialidade do delito (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Ainda nessa fase preliminar, a própria forma como a imprensa noticia a deflagração da investigação pode, por si só, violar o princípio da presunção de inocência e o direito a um julgamento justo, bem como atingir os direitos de personalidade do investigado, estigmatizando-o já na fase inicial de apuração dos fatos a serem investigados, quando as versões apuradas do ocorrido podem ser ainda bastante precárias e as imputações não passam de meras hipóteses investigatórias (SCHREIBER, 2008).

Verifica-se, em última análise, uma importante função da investigação preliminar, que é a de servir como um filtro para o processo penal, de forma a evitar ações penais sem que haja uma base mínima de evidências ou que se mostrem claramente infundadas, bem como para proteger a eficácia dos direitos fundamentais dos investigados e eventuais acusados. É justamente pela sumária cognição necessária para iniciar uma investigação preliminar, bem como por sua natureza de filtro para o processo, que se deve ter um cuidado especial no momento de tornar públicos os elementos em apuração nessa fase inicial da persecução penal.

## **5. “Free press” versus “fair trial”: em busca de uma concordância prática nos casos de investigação policial**

De fato, como destaca Simone Schreiber (2008, p. 264), “a prática de um crime é um acontecimento público e sua apuração e punição se consubstancia em assunto de interesse da coletividade”, adicionando a isso que os agentes do sistema criminal são servidores públicos estando, nessa condição, sujeitos à ampla crítica do seu trabalho e à fiscalização pela sociedade.

Por tudo isso, a veiculação pela mídia de fatos e opiniões sobre casos criminais em curso revela-se não só possível, mas também necessária. À mídia e aos cidadãos devem ser assegurados o direito



de noticiar e ser informado de fatos criminosos ocorridos e das apurações em andamento, bem como deve-se possibilitar a realização de uma crítica pública à atuação dos agentes estatais envolvidos na apuração e repressão desses fatos (SCHREIBER, 2008). Contudo, tais premissas não negam que a publicidade abusiva desses fatos criminais pode violar outros direitos fundamentais e interesses da sociedade constitucionalmente protegidos, conforme aduz Simone Schreiber neste trecho:

Isso não impede a constatação de que o exercício pela imprensa do direito de acesso a informação pertinentes a feitos criminais, bem como livre veiculação de notícias e opiniões, apresenta pontos de tensão com outros direitos e interesses de estatura constitucional, como são os direitos de personalidade dos réus, vítimas e testemunhas, o direito fundamental da presunção de inocência, o interesse público na boa condução da investigação criminal e na boa administração da justiça e, finalmente, o direito a um julgamento justo. (SCHREIBER, 2008, p. 264)

Como recorda Habermas (apud PRADO, 2006), a trajetória liberal do princípio da publicidade, desde as revoluções burguesas até hoje no ocidente, procurou submeter as questões ao julgamento público, tornando as decisões políticas transparentes e sujeitas à revisão perante a opinião pública, incentivando a participação/fiscalização democrática nesses assuntos. Entretanto, como ressalta Geraldo Prado, parece que essa mesma lógica que norteou o princípio da publicidade não se verifica, em todos os casos, nos dias de hoje:

O controle empresarial dos meios de comunicação de massas, a lógica da competitividade e do mercado que orienta a atuação deles e a distorção da própria noção de publicidade, que, antes de incentivar a participação democrática da maioria das pessoas relativamente aos negócios da sua cidade e de seu país, anula essa participação, constroem uma nova realidade, paradoxalmente virtual ou espetacular. (PRADO, 2006, p. 162).

Nessa linha são as palavras de Garapon (apud PRADO, 2006), o qual adverte para o (contra)poder da mídia e a maneira como é empregado, especialmente em casos penais. Bourdieu (apud PRADO, 2006) também analisa a influência da mídia na sociedade do espetáculo, da ansiedade midiática e da informação como mercadoria de consumo, destacando haver aqueles que “nem sempre são os mais respeitáveis do ponto de vista das normas internas do campo jurídico mas que podem servir-se da televisão [e da mídia de forma mais ampla] para mudar as relações de força no interior de seu campo e provocar um curto-circuito nas hierarquias internas” (BOURDIEU apud PRADO, 2006, p. 162).

Por óbvio que não se está aqui a advogar a tese de que não se possa noticiar a persecução penal como um todo, aliás, parece inquestionável a importância da publicidade proporcionada pelos veículos de mídia como forma de difusão da informação e de controle dos atos estatais na esfera pública de uma democracia, e dessa “accountability” democrática não pode escapar nem mesmo os agentes do sistema criminal e seus atos. A própria Constituição Federal, no capítulo atinente à Comunicação Social (arts. 220 a 224), prevê que os meios de comunicação devem atender, entre outras, a finalidades informativas.

Contudo, queremos pontuar que as veiculações midiáticas nem sempre ocorrem no estrito cumprimento de finalidades informativas, educativas, artísticas e culturais, como preceitua preferencialmente o art. 221, inciso I da CF/88<sup>11</sup>, e que muitas vezes podem decorrer de “decisões políticas (e não técnicas), sujeitas às leis de mercado, refletindo apenas versões (muitas vezes simplificadas e estereotipadas) de fatos, comprometidos com projetos políticos determinados” (SCHREIBER, 2008, p. 366), podendo dessa forma ser

---

<sup>11</sup> Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão *atenderão aos seguintes princípios*:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

[...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

pontualmente restringidas ou limitadas quando conflitam com outros direitos constitucionalmente protegidos.

Desta maneira, o que se defende aqui é a necessidade de se evitar campanhas midiáticas que realizem, elas próprias, uma acusação e julgamento antecipado do fato criminal ou com o potencial de influenciar indevidamente o resultado de um processo/julgamento judicial, o que se costumou chamar na doutrina e jurisprudência estrangeira de “trial by media”, violando flagrantemente o direito constitucional a um processo justo e os direitos de personalidade dos investigados.

Como adverte Geraldo Prado (2006), a exploração midiática de casos penais, com intensa cobertura pelos meios de comunicação, pode levar a instauração de um processo paralelo midiático (“trial by media”) e superficial sobre o caso, eminentemente emotivo e que muito raramente oferece a todos os envolvidos uma igualdade de oportunidades para exporem seus pontos de vista e fazerem as suas defesas. Essa exploração midiática abusiva pode acarretar algumas consequências danosas ao processo justo, como uma séria violação a presunção de inocência, o desequilíbrio da paridade de armas das partes (acusação e defesa) e também passar uma percepção de que as garantias processuais penais são um obsoleto e ineficiente entrave que atrapalha a apuração da “verdade”, que já foi ou está sendo devidamente noticiada/revelada pelos meios de comunicação.

Este autor segue acrescentando que, nesse contexto, é indiscutível que tanto o devido processo legal, quanto a liberdade de imprensa sofrem, podendo a exposição de casos criminais na mídia produzir, em seu extremo, aquilo que deveria evitar: “um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude de que os procedimentos acabam tendo valor exclusivamente formal” (PRADO, 2006, p. 163). Por tudo isso que alertamos, nesse artigo, para o cuidado que se deve ter no excesso de exposição midiática sobre os casos penais, que pode inverter a lógica de que o Poder Judiciário julga e a mídia publicita/noticia o julgamento. Nesse

sentido, há que se buscar um delicado equilíbrio que respeite o Estado Democrático de Direito e a Constituição.

Para Gilmar Mendes (1994, p. 298), ao se fazer uma análise do artigo 220, *caput* e parágrafo 1º, da CF/88, é claro que “o texto constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzissem limitações a liberdade de expressão e comunicação, estabelecendo expressamente que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição”. Aqui, por óbvio, pode-se encaixar tanto o direito ao processo justo quanto a própria noção de proporcionalidade que deve ser a pauta de aplicação de qualquer direito fundamental. E, ainda, segue o autor expondo que em verdade há uma autorização constitucional para o legislador ordinário disciplinar o exercício da liberdade de imprensa. Tratando-se de uma “reserva legal qualificada” que “autoriza o estabelecimento de restrições à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos [...]” (MENDES, 1994, p. 298). Ademais, nesse mesmo sentido é o entendimento majoritário da dogmática dos direitos fundamentais. O direito à liberdade de expressão, assim como todos os direitos fundamentais, não se reveste como um direito absoluto, pois os direitos fundamentais entram em rota de colisão entre si (“Grundrechtskollision”), como destaca o professor Ingo Sarlet neste excerto:

Que também a *liberdade de expressão*, incluindo a liberdade de informação e de imprensa (comunicação social), *não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais* e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via de deveres de proteção estatal), de outros bens jurídicos-constitucionais, praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p.499).

O que não isenta de muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de quais são os limites à liberdade de expressão ou de imprensa – excluindo-se a censura de cunho

ideológico, político e artístico que é regra terminantemente proibida e expressamente prevista pela Constituição<sup>12</sup> – e quais as medidas constitucionalmente adequadas para restringi-la em colisão com os demais direitos fundamentais, lembrando que todos os direitos fundamentais são passíveis de restrições e limitações recíprocas.

Evidentemente que não se quer o emprego da censura, como houve recentemente nos períodos autoritários em nosso país, pois no lugar de apenas se eliminar a doença estaria a se matar o paciente conjuntamente, abrindo caminhos para acabar com a liberdade de expressão e de informação tão caros em uma sociedade livre e justa (PRADO, 2006).

Por outro lado, deve-se desmistificar a ideia de que não é possível qualquer restrição à liberdade de imprensa em um Estado Democrático de Direito, pois todos os direitos fundamentais são restringíveis e limitáveis entre si. Há que se reconhecer que mesmo em se tratando de um direito legítimo, como o é a liberdade de imprensa, não se pode fazer um exercício deste direito de forma desmedida ou destoante de suas finalidades, o que poderia configurar o abuso de direito<sup>13</sup>. Essa explicação é necessária para não se cair na tese de que qualquer medida restritiva à veiculação midiática se consubstancia irremediavelmente em censura aos meios de comunicação, ou seja, em atentado ilegítimo a atuação da imprensa e da liberdade de expressão e, portanto, descabida em um Estado Constitucional.

Conforme conceitua Daniel Sarmento (CANOTILHO et al., 2013), a censura, em sua acepção tradicional e estrita, consiste em realizar restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão que se dá por meio de autoridades administrativas, cerceando aquilo que se

---

<sup>12</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>13</sup> O abuso de direito ou uso irregular de um direito é uma categoria do Direito Civil (art. 187, Código Civil Brasileiro), no qual através de uma ação ou omissão, no exercício de um direito regularmente reconhecido, se extrapola os limites impostos pela finalidade socioeconômica do direito, da boa-fé e dos bons costumes, tornando-se, assim, um exercício ilegítimo de um direito que, na origem, era legítimo e reconhecido pelo ordenamento jurídico.

pretende comunicar – prática essa que seria peremptoriamente vedada pela Constituição, segundo o autor. Entretanto, pode-se falar também na censura em um sentido mais amplo, incluindo aí restrições posteriores ao exercício da liberdade de expressão, bem como aquelas não provenientes de autoridades administrativas, advindas de decisões judiciais, de atos legislativos e até mesmo de condutas privadas.

Adverte, ainda, Daniel Sarmento que, em se tomando a palavra censura nesse sentido mais amplo, a sua vedação “não pode ser tomada em termos tão absolutos” (CANOTILHO et al., 2013, p. 2039), pois pode colidir com outros bens constitucionalmente protegidos, problemática a ser dirimida após um cuidadoso juízo de proporcionalidade. Por tudo isso, torna-se mais adequado com a dogmática dos direitos fundamentais a utilização do termo censura em seu sentido mais estrito, colocando em apartado as restrições e limitações impostas pelos demais direitos fundamentais, pois seriam constitucionalmente legítimos e, em certa medida, desejáveis.

Nesse mesmo sentido é o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1994, capítulo V), que abordando a compatibilidade entre leis de desacato dos países membros e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) sinalizou ser possível a restrição legítima ao direito de liberdade em casos de abuso de direito, respeitando-se alguns fundamentos:

La interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe "juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas", dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática.

Prevía censura está absolutamente prohibida. *Las únicas restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión se ejercen mediante la responsabilidad ulterior* en el caso de que se abuse de ese derecho. No obstante, *la imposición de dicha responsabilidad debe satisfacer cuatro exigencias para que tenga validez en virtud del artículo 13(2):* 1) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben fijarse previamente; 2) estos fundamentos deben estar

expresos con precisión dentro del marco de la ley; 3) los fines que se persiguen deben ser legítimos; y, 4) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar el fin legítimo que se procura. [...] En última instancia, esta determinación se basa en los artículos 29 y 32, que obligan a que toda limitación de un derecho garantizado debe tomar en consideración las necesidades legítimas de la democracia.

Como vemos acima, a Comissão destaca que a imposição da responsabilização pelo abuso do direito à liberdade de expressão deve ser posterior e satisfazer a quatro requisitos: 1) os parâmetros devem ser fixados previamente; 2) eles devem ser fixados por lei; 3) os fins perseguidos devem ser legítimos; e 4) os parâmetros devem ser necessários para os fins legítimos que se buscam.

Além do mais, deve-se ter em conta que por exigência do próprio modelo de Estado Democrático de Direito que adotamos, fundado na Constituição e nos direitos fundamentais, a atuação estatal deve estar calcada na proporcionalidade, em sua dupla face (STRECK; OLIVEIRA, 2012): por um lado, tendo como limite a proibição do excesso (“Übermassverbot”), principalmente para não se restringir em demasia a liberdade de imprensa ou inviabilizar o seu exercício, e, por outro lado, tendo o imperativo de tutela da proibição da proteção deficiente (“Untermassverbot”), mormente no que for necessário para garantir a pauta mínima do processo justo para os investigados.

Portanto, nos casos de colisão entre o direito à liberdade de imprensa e o direito a um processo justo, ainda por ocasião da investigação policial, no qual sequer há um juízo minimamente formulado acerca da autoria e materialidade do crime e que, como regra, não há falar ainda – ao menos de forma técnico-jurídica – de provas constituídas, havendo apenas indícios e evidências, parece por demais incipiente afirmar que há aqui um interesse público de finalidade informativa que ultrapasse a mera veiculação de notícia sobre o fato investigado e das pessoas que possivelmente concorram para ele.

De forma que se deve ter muito cuidado para que, a pretexto de se exercer regularmente o direito à liberdade de imprensa, não se venha a justificar uma campanha midiática massiva no sentido de incriminar antecipadamente os suspeitos de uma investigação. Nesse sentido, é interessante de se notar que uma estigmatização precipitado dos investigados pode ocorrer não só por palavras veiculadas pela mídia, mas também com o uso de imagens, vídeos, transmissão de trechos de audiências e de depoimentos, divulgação do conteúdo de provas ilícitas, reconstituição dos fatos, transmissão do conteúdo de áudios interceptados, entre outros.

Ainda que seja importante – e de fato o é – informar ao público sobre investigações policiais em curso, essa veiculação deve ser realizada atentando-se para as garantias constitucionais. Assim, para se evitar tanto quanto possível a vinculação precipitada da figura do suspeito a uma condenação criminal, deve-se ter o cuidado para não o expor à publicidade midiática de forma demasiada nos momentos de submissão ao controle do sistema criminal – por exemplo, algemado, depondo na delegacia, sendo conduzido coercitivamente etc. –, no intuito de se preservar o regular andamento do processo justo (em especial a presunção de inocência) e os seus direitos de personalidade (nome, honra, imagem etc.), evitando a sua estigmatização já no estágio da investigação preliminar, mesmo que haja uma probabilidade alta de futura condenação criminal.

Não podemos esquecer que os meios de comunicação constroem narrativas sobre os acontecimentos e que essas narrativas podem ocasionar a estigmatização prematura dos investigados, não bastando para proteger os direitos deles a mera proibição da utilização da palavra culpado se em grande medida se passa essa mesma ideia por meios não verbais, como vídeos ou imagens que os associem ao fato criminoso ou os culpabilizem de forma antecipada, nesse sentido vão as palavras de Phil Carney (2012, p. 203):

Numa exposição massiva, a fotografia [ou a imagem] aplica uma marca ao corpo que envergonha, humilha e fascina, seja no curso



de procedimentos policiais e judiciais ou para fins de entretenimento. Aqui voltamos ao significado original da palavra estigma, uma marca no corpo que fica a mostra: uma cicatriz mais do que um símbolo. (tradução nossa)<sup>14</sup>

Dessa forma, há que se ter um cuidado, pois ao se dar uma publicidade excessiva à imagem de um investigado sendo conduzido ou algemado pela polícia ainda na fase das investigações, isso pode acarretar uma marca indelével à sua pessoa, violando seus direitos de personalidade, além de interferir, inclusive, no seu direito a ter um processo justo. Essa marca que se grava na pessoa do investigado também pode ser considerada como uma nova versão virtual dos antigos estigmas ou cicatrizes que se gravava no corpo físico dos culpados por quaisquer tipos de crimes ou heresias cometidas, a diferença é que agora se busca atingir não só o corpo físico do suposto culpado, mas também a sua identidade real e virtual.

Por tudo isso, ressaltamos, é dever de um Estado Constitucional e de uma sociedade democrática comprometidos com os direitos e garantias fundamentais que se aja no sentido de conscientizar, evitar, proibir, responsabilizar e minimizar acontecimentos do tipo “trial by media”, como os ocorridos nos famosos casos da Escola Base<sup>15</sup>, do sequestro de Santo André<sup>16</sup>, do

---

<sup>14</sup> “In mass circulation, the photograph applies a mark to the body that shames, humiliates and fascinates, whether in the course of police and judicial proceedings or for the purposes of entertainment. Here we return to the original meaning of the word stigma, a brand on the body in a field of vision: a scar more than a symbol.”

<sup>15</sup> *Caso Escola Base*: Em março de 1994, vários jornais publicaram seguidas reportagens sobre seis pessoas envolvidas em um caso de abuso sexual contra crianças. Os acusados seriam donos, funcionários, professores e pais de alunos da Escola Base, em São Paulo. Os adultos ouviram os filhos – e há indícios de que, em alguns casos, induziram seus relatos –, e a polícia aceitou as acusações como verdadeiras. A mídia comprou a versão do delegado Edelcio Lemos como notícia, apurou com desleixo, ignorou contradições no inquérito policial e produziu manchetes como “Perua escolar carregava crianças para orgia” (Folha da Tarde), “Escola de horrores” (Veja), ou as pitorescas “Kombi era motel na escolinha do sexo” e “Perua escolar levava crianças para orgia no maternal do sexo” (Notícias Populares). O inquérito foi arquivado e todos os acusados inocentados por absoluta falta de provas. Antes disso, a escola foi saqueada e depredada e os envolvidos moralmente linchados, num processo de “assassinato civil” que rendeu indenizações e ações judiciais ainda à espera de decisão.

<sup>16</sup> *O Sequestro de Santo André*: Durante 101 horas entre 13 e 17 de outubro de 2008 a estudante Eloá Rodrigues Pimentel, 15 anos, foi refém do ex-namorado no apartamento em que morava com a família,

casal Nardoni<sup>17</sup> e do Goleiro Bruno<sup>18</sup>, entre outros tantos que ocorreram (GARUTTI et al., 2010).

## 6. Considerações finais

Este trabalho teve como propósito fazer breves apontamentos sobre conflitos do direito à liberdade de imprensa (liberdade de

---

num conjunto habitacional na periferia da cidade de Santo André, SP. Lindemberg Fernandes Alves, 22, inconformado com o fim do relacionamento, manteve Eloá, a amiga Nayara Rodrigues e outros dois colegas sob ameaças de morte enquanto policiais e repórteres cercavam o local. No terceiro dia de cárcere, Lindemberg havia soltado os dois meninos e a jovem Nayara e, segundo a polícia, aceitara se entregar em breve. O desfecho parecia próximo quando jornalistas de redes de TV – o repórter Luiz Guerra, da Rede TV, depois Brito Júnior, da Record – obtiveram o celular do criminoso e o entrevistaram. Na sequência, Lindemberg mudou de ideia e as negociações emperraram. Segundo declarou à época o cel. Eduardo José Felix, comandante do Batalhão de Choque, “depois dessa entrevista ele está se achando uma vedete”. O sequestro terminou com a morte de Eloá e ferimentos na amiga Nayara causados por disparos efetuados pelo criminoso após a invasão do apartamento pela polícia. A imprensa explorou o caso à exaustão e a entrevista do criminoso exibida por programas de TV tornou-se um dos mais emblemáticos exemplos da espetacularização da violência.

<sup>17</sup> *O Caso Nardoni*: Em 29 de março de 2008, a menina Isabella Nardoni, 5, morreu ao cair do 6º andar do prédio onde morava com o pai e a madrasta. A tese de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, de que um invasor teria arremessado a menina pela janela na breve ausência do pai, foi refutada pela polícia desde o princípio. Após o depoimento da mãe de Isabella, Ana Carolina de Oliveira, relatando ciúmes da madrasta e agressões anteriores de Alexandre, o casal foi preso pela primeira vez. A imprensa explorou massivamente o caso e, salvo raras exceções, tomou partido contra os acusados antes da denúncia ou das provas técnicas que, posteriormente, reforçaram a acusação. Nascia ali uma nova era do sensacionalismo midiático criminal brasileiro. Pesquisa divulgada pela Folha no mês seguinte ao crime revelou aumento de 46% na audiência dos telejornais graças à cobertura do caso. Dois anos depois, em um júri marcado pela intromissão de repórteres em ritos judiciais e pela antecipação ao público de informações confidenciais por parte de jurados e do promotor de Justiça Francisco Cembranelli, o casal foi condenado a mais de 20 anos de prisão.

<sup>18</sup> *O Caso do Goleiro Bruno*: Bruno Fernandes Souza, ex-goleiro do Flamengo, é suspeito de ser o mandante do assassinato da estudante paranaense Eliza Samudio, 25, com quem manteve um fugaz caso amoroso. No ano passado, Eliza, grávida, procurou a polícia para acusar Bruno de agredi-la e ameaçá-la para que tomasse remédios abortivos. Após o nascimento da criança, a estudante acionou o goleiro na justiça para provar a suposta paternidade do bebê. Desaparecida desde 4 de junho, Eliza teria viajado do Rio de Janeiro para Minas Gerais com o filho, a convite do acusado, ludibriada pela promessa de ser apresentada aos pais do goleiro. Segundo a acusação, a jovem foi sequestrada e posteriormente assassinada, vítima de um plano orquestrado por Bruno envolvendo amigos, funcionários e sua ex-mulher. O caso ganhou contornos tétricos após o depoimento de um menor, primo do goleiro, relatando detalhes do assassinato, entre eles a entrega, pelo executor, dos restos mortais da estudante para quatro cães rottweillers. A mídia comprou imediatamente a versão do adolescente, que posteriormente desmentiu sua versão à Justiça, acusando de tortura os policiais responsáveis pelo primeiro depoimento. Uma delegada foi afastada do caso após a distribuição na imprensa de um vídeo, gravado clandestinamente durante o voo que transferia o goleiro, no qual comentava as acusações sem saber que era filmado.

expressão e informação), que sustenta a atividade dos meios de comunicação, e o direito ao processo justo (devido processo legal), que faz parte das garantias processuais penais dos investigados em um Estado Democrático de Direito. Tentou-se demonstrar os perigos que podem ocorrer e o cuidado que a publicização das investigações penais deve ter, tanto por parte dos operadores jurídicos, quanto pelos veículos de mídia, para que não se inverta a lógica de que o Poder Judiciário deve julgar os acusados de cometer crimes e a mídia deve dar publicidade, jamais o contrário.

Se por um lado, não se pode negligenciar o fato de que os atores jurídicos e policiais numa investigação podem estar agindo fora dos limites da lei ou do interesse público primário, e a mídia tem importante papel num Estado Constitucional de fiscalizar e dar transparência, revelando ao público esses desvios. Por outro lado, deve-se ter o cuidado de não cair no excesso de exposição midiática e espetacularização das investigações policiais, o que prejudica o regular andamento do processo justo e as demais garantias processuais penais do investigado. Lembrando-se sempre que a sede para que alguém seja considerado culpado penalmente é o Poder Judiciário, e somente após a avaliação equilibrada dos meios probatórios realizados em contraditório judicial.

É importante ressaltar também que os veículos de mídia são instituições privados e que nem sempre se orientam apenas pelo que é de interesse público, mas que possuem na sua lógica interna a busca pela audiência e pelo lucro, ademais de possuírem ideologias e vieses próprios que podem estar a legitimar determinados discursos construtivos da “verdade” midiática e da opinião pública ou da opinião publicada.

Tendo em conta tudo o que foi aqui exposto, parece-nos que uma tentativa possível de harmonização prática desses direitos colidentes, levando-se em conta a proporcionalidade em sua dupla face, seria no sentido de que, de fato, deve-se resguardar o direito da mídia de noticiar as investigações em curso sobre fatos criminosos e os seus possíveis envolvidos; contudo, deve-se exigir

que a mídia o faça sem vincular os suspeitos (nem por palavras nem por imagens) a juízos prévios de culpa, ao menos não ainda no decorrer da investigação policial onde há apenas uma hipótese acusatória.

Ademais, verifica-se urgente que se estude e se debata de forma mais aprofundada nos tribunais, nos veículos de mídia e no parlamento este tema, com o intuito de conscientizar a todos (atores do sistema judicial, agentes da mídia e cidadania em geral) e de se encontrar melhores mecanismos e regulamentação legal para assegurar o respeito às garantias de um julgamento justo e o direito à liberdade de informação, sem, contudo, cair na prática desmedida da censura aos meios de comunicação, tão danosa em um Estado Democrático de Direito.

Também não se pode atribuir, pura e simplesmente, toda a culpa sobre a problemática da exposição abusiva dos casos penais à mídia. As autoridades públicas como um todo (juízes, promotores, policiais etc.), apesar do dever de informar, também devem abster-se de declarações públicas quanto a culpabilidade dos investigados/acusados antes da condenação penal transitada em julgado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), preservando o direito ao julgamento justo – mormente o status de inocência e a paridade de armas das partes.

Para isso, é necessário que se melhore os mecanismos internos de conscientização, fiscalização e responsabilização das instituições de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e Ordem dos Advogados do Brasil), eliminando o excesso de posturas corporativistas, para evitar que seus membros deem margem ou contribuam para a exposição exagerada dos casos criminais nos meios de comunicação. Talvez, apenas à defesa não seja oponível o dever de abster-se de declarações públicas no benefício do investigado/acusado, pois isso poderia estar dentro do agir estratégico do advogado e proibi-lo de fazê-lo poderia restringir a garantia à ampla defesa.

Quanto à atividade da mídia, por que não se pensar na edição de uma nova lei de imprensa em conformidade com a Constituição (já que a antiga lei de imprensa, lei 5.250/67, não foi recepcionada, conforme a ADPF 130) que traga preceitos éticos, mecanismos de autorregulação e trace minimamente os parâmetros gerais que configurem o uso abusivo dos meios de comunicação, especialmente na veiculação de notícias na seara criminal, assim como acontece com a veiculação de atos infracionais na área da infância e juventude, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É claro que o Poder Judiciário tem um papel importante para que se coíba o abuso midiático nos casos penais, afinal nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da sua apreciação. Entretanto, não podemos pensar que tudo se resolve no âmbito da proibição legal. É importante se pensar e trabalhar, também, na melhor compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais que ela assegura.

Este parece ser um problema que é, além de jurídico, ético. Impõe-se, ou deveria, aos veículos de mídia um redobrado esforço na apuração e qualificação das notícias antes de sua veiculação. Deve-se ter consciência de que é preciso ter cuidado com as fontes que se usam, mesmo quando carregados de indícios relevantes, elas são apenas pistas do que de fato pode haver ocorrido. Não devem ser matéria para a publicação sem maiores análises e considerações críticas por parte do veículo de informação. Nada substitui a cautela e a apuração da veracidade dos fatos a serem veiculados. A mídia possui uma função social, devendo agir de forma responsável e de acordo com ela numa democracia.

Por fim, todo esse cuidado é devido para não se cair no que Mario Vargas Llosa (2013, p. 30) chamou de “a civilização do espetáculo”, livro no qual expõe que vivemos em uma civilização onde o valor supremo vigente é o puro entretenimento, no qual escapar do tédio se tornou a paixão universal:

Só um puritano fanático poderia reprovar os membros de uma sociedade que quisessem dar descontração, relaxamento, humor e

diversão, a vidas geralmente enquadradas em rotinas deprimentes e às vezes imbecilizantes. Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: a banalização da cultura [e, porque não, a banalização do processo penal e da Constituição], generalização da frivolidade<sup>19</sup> e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.

Espera-se que as ideias aqui expostas possam contribuir para o aprofundamento do debate em torno da problemática do uso abusivo da mídia tradicionais e das redes sociais nas investigações policiais, de forma a se evitar a utilização de publicidade abusiva quer no intuito de prejudicar e estigmatizar de forma prematura os investigados, quer no afã apenas de fornecer entretenimento e elevar os índices de audiência dos veículos de mídia.

## Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) >. Acesso em: 09 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. Editora Saraiva, 2013.

CARNEY, Phil. Crime, punishment and the force of photographic spectacle. In: **Sistema Penal & Violência**, v. 4, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/12609/8812>>. Acesso em: 11 Mai. 2017.

---

<sup>19</sup> O autor utiliza a palavra frívolo com um significado bem específico nesta obra, conforme vemos nas páginas 44-45: “Os dicionários chamam de frívolo o leviano, volúvel e superficial, mas nossa época atribui uma conotação mais complexa a essa maneira de ser. Frivolidade consiste em ter uma tabela de valores invertida ou desequilibrada, em que a forma importa mais que o conteúdo, e a aparência, mais que a essência, em que o gesto e o descaramento – a representação – ocupam o lugar de sentimentos e ideias. [...] Isto é frivolidade, maneira de entender o mundo, a vida, segundo a qual tudo é aparência, ou seja, teatro, ou seja, brincadeira e diversão.”

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Grampos, Imprensa e Judiciário**. O Estado de S. Paulo, 9 jul. 2001. Disponível em: < <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/iq110720013.htm> >. Acessado em: 08 maio 2017.

GARUTTI, Edson et al. **O Direito Penal e a Atuação da Mídia** [mediadores Flávia Rahal e Carlos Costa]. Getúlio, [S.l.], n. 23, set. 2010. ISSN 1980-5780. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/getulio/article/view/61928/60099>>. Acesso em: 11 Mai. 2017.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **O Juiz e a Mídia: reflexos no processo**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS. Informe Anual, Doc. OEA/Ser. L/V/II.88, 1994. **Capítulo V - Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la convención americana sobre derechos humanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>>. Acesso em: 29 maio 2017.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Editora Objetiva, 2013.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. id/496854, 1994. p. 298. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 11 maio 2017.

NETO, Jayme Weingartner. **Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 499.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais: uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 366.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 43, de 19.12. 2003). São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Que é Isto – As Garantias Processuais Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. 3. reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.





## **Berntein vs United States Department of State et al.: linguagem em código e liberdade de expressão**

*Bruno Schimitt Morassutti*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

Na atualidade, a importância da computação é inegável, porquanto permeia desde as atividades mais simples quanto aos eventos mais complexos de nosso cotidiano. Entretanto, computadores, por si próprios, são objetos inanimados que, para que possam funcionar e exercer as suas finalidades, precisam receber ordens e comandos escritos em linguagem que possam compreender: a linguagem de programação.

Deveras, embora possua estrutura sintática semelhante à linguagem humana, a linguagem de programação já se distingue imediatamente daquela na medida em que sua função precípua é a comunicação com uma máquina e não com uma pessoa. Não obstante isso, a importância da linguagem programada tem se tornado cada vez mais relevante e sido aprendida por cada vez mais pessoas, as quais passam a usar esta nova “língua” para exercer diversos direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade de exercício profissional e o da liberdade de expressão.

Realmente, nesse cenário onde a linguagem de programação se torna um meio para o exercício de direitos, faz-se importante examinar se o direito constitucional e, em especial, a jurisdição

---

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Processo Civil e em Direito Público (PUCRS). Mestrando em Direito (PUCRS).

constitucional, podem estender seu manto protetivo a este “novo” fenômeno frente a restrições oriundas tanto de particulares quanto do próprio Estado. Nesse sentido, buscando provocar uma reflexão inicial sobre a matéria, e tendo em vista a ausência de decisões sobre o tema no Brasil, o presente artigo irá tecer comentários a respeito do *Bernstein vs United States Department of State et al*, no qual as discussões entre as partes tiveram, dentre diversos objetos, o da possibilidade de extensão do direito de liberdade de expressão à linguagem de programação. Deste modo, após um breve relato do caso e delimitação do problema, procurar-se-á tecer comentários sobre o tema, examinando a literatura pertinente ao assunto, tanto nacional quanto internacional, e avaliando possíveis consequências jurídicas de considerar a linguagem de programação como sendo “discurso” para fins de proteção constitucional no sistema jurídico brasileiro.

## **2. Breve relato do caso analisado e delimitação do problema**

Em 09 de dezembro de 1996, a Corte do Distrito Norte da Califórnia, nos Estados Unidos, decidiu favoravelmente a Daniel Bernstein em uma ação ajuizada por este em face do Departamento de Estado dos EUA e outros órgãos federais daquele país. O caso em questão iniciou quando Bernstein, estudioso de criptografia e então professor no Departamento de Matemática, Estatística e Ciência da Computação da Universidade de Illinois, escreveu um código criptográfico e solicitou autorização governamental para sua publicação na internet, de forma a permitir seu acesso e estudo por seus alunos.

Naquele período, a legislação então aplicável à criptografia era a mesma relacionada à regulação do tráfego internacional de armas, sendo a autorização estatal prévia necessária em razão de a publicação na internet permitir acesso ao conteúdo de seu código a pessoas fora do país, o que poderia ser considerado “exportação” para fins das normas vigentes na época. Entretanto, havendo o

órgão responsável negado a autorização, Bernstein ajuizou ação, utilizando, dentre vários argumentos, aquele segundo o qual a proibição estatal e, por consequência, a legislação aplicável, seriam inconstitucionais por violarem o direito à livre expressão assegurado pela Primeira Emenda à Constituição estadunidense<sup>2</sup>. Por sua vez, os órgãos estatais argumentaram em suas defesas, dentre outros fundamentos, que o código de computador escrito pelo autor não seria discurso protegido constitucionalmente, porquanto, sendo destinado a um computador, não seria efetivamente um “discurso” e não possuiria elementos mínimos necessários para uma comunicação. Desta forma, seria legítima a regulação estatal já que a restrição analisada no caso não estaria vinculada diretamente à supressão da liberdade de expressão, sendo a eventual restrição incidental justificável em virtude do substancial interesse governamental em regulamentar a questão.

Em seu turno, ao examinar os argumentos apresentados pelas partes, os quais também versavam sobre a (im)possibilidade de controle do mérito de ato administrativo discricionário, a juíza Marilyn Patel acabou por dedicar atenção especial à questão relativa à salvaguarda constitucional à liberdade de expressão trazida pela Primeira Emenda e o conceito de “discurso” para fins de proteção. Nesse sentido, em seu exame da matéria, a magistrada considerou que não haveria distinção significativa entre uma linguagem computacional e línguas como o alemão e o francês. Assim, o fato de a linguagem computacional ser inteligível por e direcionar instruções para máquinas não significaria que não seria uma espécie de discurso já que, assim como a “[...] música e equações matemáticas [...] ela expressa informação quer para um computador ou para aqueles que são capazes de a ler” (BERNSTEIN

---

<sup>2</sup> No original, o texto da emenda em questão diz que “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (LIBRARY OF CONGRESS, 2016, p. 25).

I, 1996, não paginado)<sup>3</sup>. Dessa forma, mesmo um código fonte para um programa de criptografia, a despeito de sua funcionalidade, também não poderia ser excluído do conceito de “discurso” constitucionalmente protegido, a exemplo de manuais, receitas ou informações técnicas. Ao final, a julgadora concluiu que as previsões normativas que conferiam fundamento à restrição sofrida por Bernstein eram inconstitucionais, já que comprometiam de forma prévia, significativa e excessiva o direito à livre expressão, tal qual protegido pela Primeira Emenda.

Esta decisão, a qual ficou conhecida como *Bernstein I*, foi seguida de mais três outras no mesmo caso. Duas, prolatadas monocraticamente mesma magistrada, em dezembro de 1996 e agosto de 1997, conhecidas como *Bernstein II* e *Bernstein III*, respectivamente. E outra, prolatada em colegiado, pela Corte de Apelações do 9º Distrito, em maio de 1999, conhecida como *Bernstein IV*. Essa série de decisões teve importância marcante no âmbito da jurisprudência estadunidense, estabelecendo precedentes que passaram a ser utilizados como fundamentos em outros casos que reconheceram que o código fonte e/ou a linguagem de computação seriam discurso constitucionalmente protegidos pela liberdade de expressão assegurada pela Primeira Emenda, tais como: *Junger v Daley*, julgado em 2000, e *Universal City Studios et al v Eric Corley et al*, julgado em 2001.

Feito este breve relato do caso, importa definir o objetivo e delimitar o problema jurídico que será examinado neste comentário de jurisprudência. Nesta senda, o que este trabalho buscará examinar, ainda que sucintamente, é se a decisão da juíza Marilyn Patel, a qual interpreta uma cláusula constitucional para fins de inclusão no âmbito de proteção de um direito fundamental, pode ser objeto de uma aproximação e, até mesmo utilização, frente ao direito constitucional brasileiro. Além disso, buscar-se-á averiguar quais as

---

<sup>3</sup> Tradução livre. No original “[...] music and mathematical equations, [...] it communicates information either to a computer or to those who can read it” (BERNSTEIN I, 1996, não paginado).

eventuais consequências da adoção de entendimento semelhante em nosso país.

### 3. Comentários à decisão

Desde a propositura do *internet protocol* por Vint Cerf e Bob Kahn, em 1974, e a posterior criação do navegador em 1990 por Tim Berners-Lee, o uso e a disseminação da internet em nossa atual sociedade se tornou praticamente onipresente. De fato, de acordo com a edição 2015 de levantamento sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação em domicílios brasileiros, o Comitê Gestor da Internet constatou que, considerando as classes A, B, C, D e E, a média de domicílios brasileiros com computador é de 50% (NIC.br, 2016, p. 130). Igualmente, o mesmo levantamento realizado pela instituição referida verificou que a proporção de usuários de internet em nosso país chega à marca de 58% da população (NIC.br, 2016, p. 139), ou seja, mais de cem milhões de brasileiros utilizam, de forma praticamente diária, as novas tecnologias para viver, comunicar e produzir<sup>4</sup>. Nesse cenário, deve-se recordar a afirmação de Manuel Castells, segundo o qual a “sociedade em rede” seria “uma sociedade cuja estrutura social é feita em redes alimentada por informação baseada em microeletrônicos e tecnologia computacional” (CASTELLS, 2004, p. 3). Portanto, faz-se necessário examinar se o direito, em especial o direito constitucional, está apto a garantir o ambiente exigido pelo avanço tecnológico (MOLINARO; SARLET, 2012, p. 50), sem descuidar da proteção dos direitos fundamentais.

No contexto constitucional brasileiro, o direito à liberdade de expressão não está mencionado num ponto único da Constituição Federal, havendo o constituinte, talvez pela forte repressão existente no período anterior a 1988, optado por referi-lo em diversos

---

<sup>4</sup> População do Brasil. In: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

momentos do texto. Deste modo, desde a cláusula geral (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 493) disposta no *caput* do art. 5º, IV, o marco constitucional de nosso país assegura a liberdade de expressão em diversos momentos, tal como quando protege a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX). Não obstante, deve-se reconhecer que, ainda mais com a positivação de uma cláusula de abertura no art. 5º, §2º, o intérprete do texto magno de nosso país deve manter a mente aberta para a existência de outras modalidades de expressão constitucionalmente protegidas.

Por certo, notadamente com o avanço tecnológico trazendo inovações e releituras de diversas instituições em nossa sociedade, a liberdade de expressão, a qual, conforme lembra o art. 220, está umbilicalmente ligada aos direitos de comunicação e informação, inevitavelmente é objeto desse fenômeno. Por outro lado, é necessário observar que, assim como os *founding fathers* estadunidenses (EUA, 2001, não paginado), o constituinte originário brasileiro não chegou conceber que, enquanto fenômeno social, os códigos e as linguagens de computador se tornariam tão importantes para a sociedade. Deveras, embora os computadores já estivessem se apresentando como importantes para o desenvolvimento do país, a internet apenas efetivamente começou a funcionar no país em 1991, três anos após os trabalhos da Assembléia Geral Constituinte (OLIVEIRA, 2012, p. 21). Não obstante, possuindo o Estado brasileiro um papel instrumental para a garantia e promoção da dignidade dos indivíduos e coletividade nele situados (SARLET, 2015, p. 99), é imperioso reconhecer que todos esses “novos” direitos fundamentais aptos a garantir a consecução desse objetivo também deverão vincular a atividade seja de entes públicos ou de entes particulares.

No caso *Bernstein vs. United States Department of State*, o reconhecimento de que o código de computador escrito por Bernstein seria discurso e, portanto, protegido pela liberdade de

expressão assegurada pela Primeira Emenda é extremamente inovador e importante. De fato, embora seja rejeitada pela maior parte da doutrina a existência de direitos fundamentais absolutos, a importância da liberdade de expressão para com o sistema democrático de governo faz com que esta frequentemente receba uma proteção especial pelos sistemas jurídicos democraticamente estabelecidos. Nesse sentido, a proibição à censura, considerada esta como sendo a necessidade de autorização administrativa prévia à veiculação de determinado posicionamento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 404), é um exemplo dessa proteção, tal como assevera o art. 220, §2º e art. 5º, inciso IX da Constituição. Assim, perfunctoriamente, uma primeira consequência da importação de um posicionamento nesses moldes para o direito brasileiro seria a impossibilidade de restrição estatal *prévia* a qualquer espécie de manifestação veiculada por intermédio de códigos de computador.

Sem sombra de dúvidas, um cenário onde *qualquer* espécie de código de computador, qualquer que seja a sua finalidade, não possa ter sua veiculação restrita merece ser vista *cum grano salis*, dado aos possíveis riscos trazidos por uma concepção tão aberta. Verdadeiramente, é inegável que o desenvolvimento da computação e a comunicação em rede trouxe – e tem a capacidade de trazer – fundamentais e necessárias modificações em nosso tecido social ao fomentar a troca de informação, conhecimento e cultura (BENKLER, 2006, p. 473). Todavia, também é preciso reconhecer que a própria rede, a depender da forma como seu código é estruturado, pode trazer efeitos negativos, tais como a polarização extremada entre grupos sociais (QUATTROCIOCHI; SCALA; SUNSTEIN, 2016, p. 14) ou a coleta indiscriminada de dados pessoais para fins comerciais (MOLINARO; RUARO, 2013, p. 22). Nesta senda, embora seja extremamente razoável a preocupação para com a discricionariedade estatal, mormente se lembrarmos o período autoritário superado na história relativamente recente de nosso país, impedir todo tipo de regulação prévia quiçá seja uma solução inadequada, ainda mais se considerarmos a necessária precaução



com que devem ser tratadas inovações tecnológicas. Por certo, apesar de os códigos de computador serem capazes de realizar maravilhas para a humanidade, não se pode esquecer que estes códigos não são escritos por deuses, mas por seres humanos (LESSIG, 2006, p. 338), os quais inevitavelmente podem escrever linhas capazes de realizar desastres são grandes quanto aqueles causados pela natureza.

Uma segunda consequência, talvez mais factível sob uma perspectiva prática, seria a aplicação da “posição preferencial” recebida pela liberdade de expressão quando do conflito com outros direitos fundamentais. Consagrada no direito brasileiro durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, a teoria da posição preferencial não significa o reconhecimento de uma condição absoluta ao direito fundamental à liberdade de expressão, mas sim uma vantagem quando da análise do caso concreto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2017, p. 500). De toda maneira, sempre é relevante deixar claro que ao se falar em uma posição de vantagem não se está se ignorando a necessidade de interpretar sistematicamente o ordenamento jurídico, notadamente diante dos inevitáveis conflitos entre princípios constitucionais, mas sim trazer à tona uma concepção que, acredita-se, é capaz de manter a abertura, unitariedade e coerência necessárias ao sistema (FREITAS, 2010, p. 270).

Realmente, se compararmos com a legislação vigente aplicável às relações jurídicas existentes na internet, a adoção da teoria da *preferred position* aparentemente iria ao encontro do disposto no art. 3º, inciso I da Lei Federal 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – na medida em que garantiria a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento na rede. Igualmente, tal posicionamento também asseguraria a liberdade de modelos de negócios promovidos na internet, tal qual estabelece o art. 3º, inciso VIII da mesma lei. Finalmente, o reconhecimento de uma posição preferencial estaria em harmonia com os Princípios para a Governança e Uso da Internet, estabelecidos pelo Comitê Gestor da

Internet no Brasil, porquanto diz o 10º Princípio que “o ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet com espaço de colaboração” (CGI.br, 2009, não paginado). De fato, se levarmos em conta que a sociedade atual ainda se encontra num processo de assimilação das novas tecnologias, na qual o conflito entre direitos fundamentais se agrava em virtude desse cenário, consagrar um posicionamento interpretativo não tão restritivo pode ser uma solução acertada.

Com efeito, a importância dessa posição se demonstra evidente se visualizarmos alguns recentes conflitos judiciais envolvendo os novos meios de comunicação em massa e a criptografia. No âmbito dos EUA, onde a concepção de código fonte enquanto discurso constitucionalmente protegido nasceu, o problema tomou proporções ainda maiores em um caso recente, envolvendo a empresa multinacional Apple, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e o telefone de um terrorista responsável por um atentado no estado estadunidense da Califórnia em 2015. Nesse caso, as autoridades policiais, de posse do telefone do terrorista, exigiram, com base numa legislação que impõe o dever de colaboração com investigações (USA, 2016, p. 9), que a Apple modificasse seu software e desenvolvesse uma solução técnica que lhe permitisse acessar os dados criptografados no aparelho (CHESNEY, 2016, não paginado). Por sua vez, a empresa se defendeu afirmando que obrigá-la a fazer isso iria de encontro à liberdade de expressão assegurada pela Primeira Emenda, não podendo o Estado obrigá-la escrever códigos de programação contrários aos seus interesses e de seus engenheiros (EFF, 2016, p. 7-8). Este litígio, entretanto, acabou não progredindo em razão de o FBI desistir da ação por ter encontrado uma alternativa para acessar as informações no aparelho (TIBKEN, 2017, não paginado).

Verdadeiramente, o recente caso relatado é extremamente semelhante à discussão atualmente realizada no Brasil a respeito do aplicativo *whatsapp*, sua criptografia *ponta-a-ponta* e os diversos bloqueios determinados por ordens de vários juízes brasileiros em

razão da sua não colaboração com as autoridades judiciais. De fato, o debate tomou proporções consideráveis desde o seu início, estando até mesmo judicializado perante o Supremo Tribunal Federal, o qual analisa a questão no âmbito da ADPF 403, de relatoria do Min. Edson Fachin, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.527, relatada pela Min. Rosa Weber. Por certo, embora ambas as ações discutam questões vinculadas à interpretação de dispositivos do Marco Civil da Internet que não estão diretamente ligados ao tema da liberdade de expressão nos termos aqui examinados, talvez a aproximação sob esta ótica fosse interessante pela posição de preferência dada a este direito fundamental.

Nesse sentido, ainda que se concorde o argumento segundo o qual o bloqueio de aplicativos como o *whatsapp* viole diversos princípios constitucionais, tais como a livre comunicação, da continuidade desses serviços (art. 241), da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV) e livre concorrência (art. 170, *caput*) (GALVÃO; CORDEIRO; FIGUEIREDO, 2016, p. 6), não se entende o debate deva ser “reduzido” a este aspecto. Por outro lado, notadamente para o público leigo – no qual o autor deste texto se encaixa – argumentos segundos os quais seria impossível, sob o ponto de vista lógico e fático, regular códigos de computador (em especial códigos criptográficos) (ARANHA, 2017, 15min), não parecem particularmente sedutores dado ao determinismo tecnológico que encerram. Igualmente, se entende que embora o princípio da proporcionalidade imponha barreiras à regulação estatal arbitrária, considerar que o debate analisado está circunscrito ao âmbito de proteção da liberdade profissional parece diminuir a salvaguarda necessária a algo tão importante ao cotidiano da sociedade atual<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Exemplificativamente, no direito alemão, conforme relata Ingo Sarlet, a questão relativa aos limites e proteção à publicidade profissional se encontra no âmbito da liberdade profissional e não no âmbito da liberdade de expressão, (SARLET, 2016, não paginado), o que faz que sua restrição exija uma carga argumentativa comparativamente menor do que seria necessário caso estivesse protegida pela liberdade de expressão.

De toda forma, compreender códigos de computador enquanto espécie de discurso constitucionalmente protegido faz com que, em primeiro lugar, exista uma segurança jurídica maior não apenas ao conteúdo veiculado no código, como também uma limitação a atuação estatal que vise restringir a utilização desta ou daquela espécie de linguagem de programação. Deveras, isso se deve ao fato de que cabe ao titular do direito a escolha da forma com a qual irá se expressar (MARTINS, 2012, p. 249-250), não podendo o Estado restringir essa faculdade já que atingiria inevitavelmente espectro protegido pelo direito fundamental.

Além disso, assim como a compreensão da mensagem expressa não é um aspecto necessário para a sua proteção, também não importa se seres humanos necessariamente serão capazes de compreender aquilo que for expresso em código, quer se trate de linguagem de alto ou baixo nível<sup>6</sup>. Esse aspecto é particularmente importante pois limitar a proteção constitucional a apenas à linguagem de alto nível, excluindo a de baixo nível, resultaria num amparo incompleto a esse fenômeno tão característico de nossa atualidade, bem como representaria uma compreensão imperfeita sobre como funciona a computação: linguagens de alto e baixo nível não fazem sentido sozinhas já que apenas são capazes de atingir sua finalidade interagindo entre si.

Por fim, tecidas essas considerações a respeito da compreensão de códigos de computador enquanto “discurso” e, assim, protegidos constitucionalmente pela liberdade de expressão, torna-se importante vislumbrar, ainda que rapidamente, qual seria eventualmente o critério norteador de eventual restrição. Nesse sentido, uma diretriz interessante talvez seja aquela apresentada pelo STF quando do julgamento do Habeas Corpus 82.424, também conhecido como “Caso Ellwanger”. Na ocasião, examinando os limites do direito à liberdade de expressão, a maioria do tribunal

---

<sup>6</sup> Linguagem de “alto nível” é aquela feita para com o propósito de ser lida e compreendida por humanos, ao passo que linguagem de “baixo nível” ou “linguagem de máquina” é aquela diretamente compreendida e executada pelo computador (BERNSTEIN IV, 1999, não paginado).

entendeu que, embora garantia constitucional, não se pode considerar este direito fundamental como absoluto, já que não pode abrigar manifestações que impliquem ilícito penal. Além disso, asseverou que as liberdades públicas não são incondicionais, devendo ser exercidas harmonicamente e de acordo com os limites definidos na própria Constituição.

Com efeito, antes que, em virtude do caso citado, se pense que seria “absurdo” considerar que códigos de computadores poderiam ser racistas ou resultar noutra conduta discriminatória, é importante frisar que códigos de computador também possuem vieses, sejam eles pré-existent, técnicos ou emergentes (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1996, p. 346). Portanto, longe de se pensar que sejam elementos “neutros”, destes códigos também podem resultar violações a direitos fundamentais.

### **Considerações finais**

O surgimento de novas tecnologias trazidas pelo desenvolvimento da computação gerou grandes impactos em nossa sociedade, modificando formas de comunicar, produzir e, até mesmo, de viver. Neste cenário em que códigos de computador se tornam cada vez mais importantes e significativos para o cotidiano, faz-se necessário examinar qual espécie de tratamento o direito brasileiro e, em especial, a jurisdição constitucional, irá dar a institutos tão essenciais ao dia-a-dia. Desta forma, buscou-se, por intermédio da análise do caso *Bernstein v. United States Department of State et al*, estudar quais os possíveis impactos da concepção de que códigos de computador seriam “discursos” e, portanto, protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

Nesta senda, tomando por base o texto constitucional brasileiro, bem como as reflexões trazidas pela doutrina e jurisprudência, vislumbrou-se que incluir códigos de computador, sejam eles de alto ou baixo nível, no âmbito de proteção da liberdade de expressão seria algo capaz incentivar um essencial ambiente de

inovação, sem deixar desprotegidos outros direitos fundamentais. Assim sendo, sem adotar uma posição absolutista em prol da liberdade de expressão, entendeu-se que situar a linguagem em código dentro de uma posição preferencial também seria compatível com o ideal de incentivo anteriormente citado.

Não obstante, ainda que sejam considerados inclusos no conceito de discurso constitucionalmente protegido, asseverou-se que nem sempre códigos de computador trazem resultados benéficos para a sociedade. Deste modo, conclui-se que, mesmo sendo assegurada pelo texto constitucional, a linguagem de programação não pode ser discriminatória ou possuir finalidades que vão de encontro aos próprios objetivos previstos na Constituição Federal.

Em suma, o que este comentário buscou realizar foi, mais que uma análise, uma provocação para o debate a respeito desse tão importante assunto. Deveras, ao passo que nos EUA a liberdade de inovação tecnológica, em especial no âmbito da internet, já foi examinada em diversos casos pela jurisdição constitucional, tais como o famoso *Reno v. American Civil Liberties Union*, no Brasil o Supremo Tribunal Federal ainda não firmou um posicionamento sobre o tema. De toda maneira, espera-se que, quando do julgamento da ADPF 403 e da ADI 5527, a corte possa aproveitar a oportunidade para refletir sobre o assunto, em particular sob a ótica suscitada nas decisões do caso *Bernstein*.

## Referências

ARANHA, Diego. **Audiência Pública - Bloqueio Judicial do Whatsapp e Marco Civil da Internet** (2/4). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Vídeo (3h18min59s). Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=qNgw\\_BuKfCA](https://www.youtube.com/watch?v=qNgw_BuKfCA)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom**. London; New Haven: Yale University Press, 2006. Disponível em: <[http://www.benkler.org/Benkler\\_Wealth\\_Of\\_Networks.pdf](http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BERNERS-LEE, Tim. **Information Management**: a proposal. Meyrin: Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire, 1990. Disponível em: <<http://info.cern.ch/Proposal.html>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

CASTELLS, Manuel. Informationalism, networks, and the network society: a theoretical blueprint. In: CASTELLS, Manuel (ed.) **The Network Society: a cross-cultural perspective**. Northampton: Edward Elgar, 2004.

CERF, Vinton G; KAHN, Robert E. A Protocol for Packet Network Intercommunication. **IEEE Transactions on Communications**, [s.l.], v. 22, n. 5, p. 637-648, maio 1974. Disponível em: <<http://ieeexplore.ieee.org/document/1092259/?reload=true>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CHESNEY, Robert. Apple vs FBI: the going dark dispute moves from Congress to the Courtroom. **Lawfare**, 17 fev. 2016. Não paginado. Disponível em: <<https://lawfareblog.com/apple-vs-fbi-going-dark-dispute-moves-congress-courtroom>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). **Resolução nº 003, de 2009**. Princípios para a Governança e Uso da Internet. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF). **Brief of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation and 46 Technologists, Researchers, and Cryptographers**. San Bernardino: Electronic Frontier Foundation, 2016. Disponível em: <[https://www.eff.org/files/2016/03/03/16cm10sp\\_eff\\_apple\\_v\\_fbi\\_amicus\\_court\\_stamped.pdf](https://www.eff.org/files/2016/03/03/16cm10sp_eff_apple_v_fbi_amicus_court_stamped.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

EUA. **Bernstein v. United States Department of State et al (Bernstein I)**. US District Court for the Northern District of California. 922 F. Supp. 1426.

14 apr. 1996. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/922/1426/1592613/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. **Bernstein v. United States Department of State et al (Bernstein II)**. US District Court for the Northern District of California. 945 F. Supp. 1279. 9 dez. 1996. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/945/1279/1457799/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. **Bernstein v. United States Department of State et al (Bernstein III)**. US District Court for the Northern District of California. 974 F. Supp. 1288. 25 ago. 1997. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/974/1288/1451176/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. **Bernstein v. United States Department of State et al (Bernstein IV)**. US Court of Appeals for the Ninth Circuit. 176 F. 3d 1132. 6 may. 1999. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/176/1132/596743/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. **Junger v. Daley et al**. US Court of Appeals for the Sixth Circuit. 209 F. 3d 481. 4 apr. 2000. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/209/481/474128/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. LIBRARY OF CONGRESS. **The Constitution of the United States of America**: analysis and interpretation. Washington: Library of Congress, 2016. Disponível em: <<https://congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2016.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

EUA. **Universal City Studios, Inc. et al. v. Eric Corley et al**. US Court of Appeals for the Second District. 273 F. 3d. 429. 28 nov. 2001. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/273/429/506315/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in Computer Systems. **ACM Transactions on Information Systems**, [s.l.], v. 14, n. 3, p. 330-347, jul. 1996. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/2e85/ebac82315863cd1bo426de96bod641839e1a.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.



GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; CORDEIRO, Pedro Ivo Velloso; FIGUEIREDO, Ticiano. **Petição Inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

LESSIG, Lawrence. **Code**. 2. ed. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. Internet y Estado de Vigilancia: el desafío de la protección de datos. **Social Science Research Network**, 15 ago. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2310267](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2310267)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. “Não existe o que panoramicamente vemos no céu”: o ponto-cego do direito (políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia). In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (orgs.). **Direitos Fundamentais**: direito privado e inovação. Porto Alegre, EdPUCRS, 2012.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.br). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros**: TIC domicílios 2015. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: <[http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC\\_Dom\\_2015\\_LIVRO\\_ELETRONICO.pdf](http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

OLIVEIRA, Marcos de. Primórdios da Rede: a história dos primeiros momentos da internet no Brasil. **Pesquisa FAPESP**, São Paulo, n. 180, p. 16-25, fev. 2011. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2012/05/016-025-180.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

QUATTROCIOCCHI, Walter; SCALA, Antonio; SUNSTEIN, Cass R. Echo Chambers on Facebook. **Social Science Research Network**, 15 jun. 2016. Disponível em: <[http://www.benkler.org/Benkler\\_Wealth\\_Of\\_Networks.pdf](http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: a liberdade de expressão nos entendimentos do Tribunal Constitucional Federal. **Conjur**, 8 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-tribunal-constitucional-federal>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIBKEN, Shara. Apple vs. FBI one year later: still stuck in limbo. **Cnet**, 15 feb. 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/apple-vs-fbi-one-year-later-still-stuck-in-limbo/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **In the matter of the search of an Apple iPhone seized during the execution of a search warrant on a black lexus IS300, California License Plate 35KGD203**: Government's *ex parte* application for order compelling Apple Inc. to assist agents in search. San Bernardino: United States District Court for the Central District of California, 2016. Disponível em: <<https://www.wired.com/wp-content/uploads/2016/02/SB-shooter-MOTION-seeking-asst-iPhone.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.



## **O interesse público na lei de acesso à informação: conflito entre a privacidade individual e o direito à informação**

*Tuiskon Bejarano Haab <sup>1</sup>*  
*Guilherme Bertotto Barth <sup>2</sup>*

### **1. Introdução**

Privacidade e informação são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, possuidores de limites comuns que, não raro, demandam criteriosa reflexão. Este contexto ganha especial interesse nos dias atuais, nos quais se constata que a privacidade é cada vez mais relativizada em prol do direito à informação.

No âmbito internacional, a relativização da privacidade se deu por contingências sociais, notadamente após os eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA. O atentado iniciou uma nova ordem mundial, provocando diversas consequências, como a invasão americana e consequente guerra no Afeganistão, o acirramento de conflitos religiosos e econômicos entre ocidente e oriente, além do recrudescimento das ameaças terroristas internacionais<sup>3</sup>, quadro

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pela PUC/RS. Advogado especialista em Responsabilidade Civil e Direito Contratual. Integrante da Equipe de Alto Desempenho - Militar, da Procuradoria Regional da União da 4ª Região (AGU/PRU4).

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela PUC/RS. Advogado especialista em Direito Empresarial e Direito de Família. Professor Universitário. Integrante do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS.

<sup>3</sup> Sobre o assunto, ver WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro.

gerador de sensação de insegurança internacional. Com isso, temor e incerteza foram utilizados por governos nacionais (especialmente EUA e Europa) - alegadamente a bem da segurança e a integridade física dos cidadãos - para controlar e acessar indiscriminadamente as informações que desejassem, ainda que isto implicasse na invasão proposital e indiscriminada da privacidade e intimidade das pessoas (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.192).

No Brasil, onde riscos de tal natureza são relevantes, não se verificou tal quadro. Aliás, ao contrário, o que se observou após a Constituição de 1988 foi a promulgação de legislações que visavam efetivar o direito à privacidade, como aquelas referentes ao sigilo bancário, fiscal, das comunicações entre outras (RUARO; LIMBERGER, 2012, p.193). Este movimento em direção da tutela mais abrangente da privacidade, entretanto, ainda não está encerrado, posto que há lacunas importantes na legislação brasileira, como ilustra a questão da proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 12.527/11, dirigida especialmente ao ente público, objetivando maximizar a publicidade das informações governamentais e, com isso, proporcionar o controle social dos atos governamentais e prevenir eventuais condutas inadequadas à boa administração pública.

O período de exceção do Estado Brasileiro pode ter influenciado na percepção de que a informação acerca da Administração Pública não é acessível, e, neste sentido, influenciado também na concepção da Lei de Acesso à Informação (LAI) de modo a se permitir a mais ampla divulgação dos dados estatais. Se essa condição pode ser considerada virtuosa sob a ótica democrática, igualmente vai representar risco ao sigilo das informações pessoais custodiadas pelo Estado. As discussões resultantes da divulgação dos salários de servidores público é exemplo disso, indicando que a LAI pode afetar a privacidade do cidadão<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre o assunto, acessar o "Notícias STF".

Pode-se alegar, num primeiro momento, que a LAI ocupa-se apenas das informações que se enquadram no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II, §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição ou seja, os dados de órgãos públicos ostensivos por serem de interesse dos indivíduos, da coletividade ou geral, ressalvadas informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado e à privacidade e intimidade da pessoa. Assim, pela própria definição dos objetivos da lei, entende-se que a privacidade do cidadão estaria assegurada, ainda mais com o fato da LAI dispor de mecanismos que visam evitar a divulgação imprópria de informações pessoais. Contudo, questiona-se a validade de tais mecanismos nessa tarefa, visto que não representam barreiras eficientes contra o acesso indevido, em especial diante do argumento do interesse público.

Um fato ilustrativo disso ocorreu na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), quando a reitoria solicitou aos programas de pós-graduação que informassem a presença, em seus cursos, de discente ou docentes de origem israelense. Esta solicitação visava atender a pedido do Comitê Santa-Mariense de Solidariedade ao Povo Palestino, cujo objetivo era apurar a existência de convênio entre a Universidade e empresa israelense do ramo da tecnologia militar<sup>5</sup>. Considerando o histórico de conflitos existentes no Oriente Médio e a contumaz ocorrência de ações terroristas dele decorrentes, não se pode deixar de aventar que essa informação, se divulgada de forma inadequada, poderia trazer um perigo potencial à segurança das pessoas identificadas pela sua origem israelense.

O presente trabalho visa contribuir na análise em relação aos conflitos que a LAI produz, concreta ou potencialmente, entre os direitos de acesso à informação e à privacidade, em especial quando envolve o interesse público. O tema abordará os direitos fundamentais à privacidade e informação, tendo ligação direta com

---

<sup>5</sup> Jornal "ZERO HORA", edição de 5 de junho de 2015, p. 16.

aspectos relativos à Dignidade Humana e ao exercício da democracia pelo cidadão.

## 2. As esferas pública e privada do ser humano

Primeiramente, cabe fazer uma breve exposição a respeito da dicotomia entre informação e privacidade na personalidade do indivíduo. Esta dualidade vai condicionar o estudo dos direitos da personalidade sob o prisma da compreensão do ser humano segundo duas dimensões<sup>6</sup>: a privada, representada por todos os caracteres físicos e psíquicos próprios de cada pessoa, tal como a honra, a intimidade, a vida privada, a consciência e a opinião; e a pública, representada pela interação dos indivíduos no grupo social.

Estas dimensões não podem ser consideradas isoladamente, posto que todo indivíduo as apresenta simultaneamente, uma dependendo e interagindo com a outra. Assim, a construção da personalidade se dá pelas informações trocadas com o meio social, não havendo razão de se cogitar em direito à honra, à imagem e à vida privada sem uma esfera pública desse indivíduo. Entretanto, se por um lado a sociedade é o agente que permite ao indivíduo o desenvolvimento e projeção da personalidade, é contra quem este mesmo indivíduo irá defender a sua esfera privada. Essa interdependência justifica a necessidade de preservação da esfera privada sobre interferências indevidas sendo a questão circunscrita em definir o que vem a ser tais interferências. Nessa equação, deve ser considerado, também, o fato que, na dimensão privada de cada indivíduo, pode estar presente o interesse social, que é variável

---

<sup>6</sup> Hannah Arendt, ao tratar das esferas privada e pública, entendeu o surgimento da primeira como natural e calçada na família, onde o indivíduo buscava a sua sobrevivência, pois era um ser social (no sentido de *zoon politikon*, de Aristóteles). A autora descreve a evolução dessa noção até se chegar à noção de esfera privada centrada no indivíduo. Assim, à esfera privada inicial viria a se opor a esfera pública, não natural, surgida em momento posterior e que era representada naquela oportunidade pela *polis*. Com o surgimento da *polis*, cada cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência, havendo uma grande diferença entre o que é próprio (*Idion*) e o que é comum (*Koinon*). (ARENDT, 2000, p.31 a 33).

conforme a relevância que a sociedade dá ao indivíduo e/ou em razão do fato em que estiver envolvido, como no caso de fatos históricos (PALHARES, 2008, p.42).

Desse modo, é forçoso concluir que o cenário pode ser de conflito entre direitos de informação e de privacidade, uma vez que, ao passo que o primeiro vai franquear a informação ao indivíduo, o segundo irá negá-la sempre que isto implicar em lesão à privacidade de outrem, fazendo com eles situem-se em campos opostos na busca da efetividade dos bens jurídicos tutelados.

Ressalte-se, contudo, que o direito à informação aqui é visto sob um prisma amplo, que compreende não apenas o aspecto relativo à recepção das informações, mas também a sua emissão. Tal direito considera o ser humano tanto em uma dimensão coletiva, sendo um direito difuso coletivo de receber informação e que permite a participação de todos na esfera pública, como também na dimensão individual, segundo a qual toda a pessoa individualmente pode receber e transmitir as informações necessárias para formar e expressar suas opiniões (PALHARES, 2008, p.44). Trata-se de uma liberdade, a liberdade de informação, definida por Barroso (2004, p.34) como aquela que “diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado”.

Entretanto, caso uma informação privada esteja sob a guarda da Administração Pública, pode haver uma área de intersecção entre os direitos à informação, privacidade e acesso à informação, sendo a solução dessa equação vinculada ao grau de interesse público sobre o dado em disputa, como será tratado adiante.

### **3. Direito à informação**

Segundo Lafer (1988, p.241), o direito à informação tem como objeto a integridade moral do ser humano e é precipuamente uma liberdade democrática destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública. Nesse sentido, afirma Júnior (2008, p. 149) que informação no



Estado Democrático é a pedra de toque para a materialização do postulado da cidadania participativa. Assim, Ruaro e Limberger (2012, p.208) apontam que um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os cidadãos que resulte em aprimoramento democrático e maior transparência e eficiência da atividade pública. Nesse contexto, pode-se afirmar que, no Estado Democrático, a informação deve ser a regra e o sigilo uma exceção admitida quando devidamente justificada.

O direito de acesso à informação é um preceito relativamente recente nas democracias modernas. Mesmo nos EUA, pioneiros nessa matéria, o acesso a informações públicas foi regulamentado apenas em 1966, com o *Freedom of information Act (FOIA)*. Entretanto, apesar deste direito ter sido ampliado posteriormente em função dos acontecimentos decorrentes caso *Watergate*<sup>7</sup> (1974), este viés não se manteve, como observado naquele país os atentados de 11 de setembro de 2001, quando, sob a administração de George Bush e a égide da segurança nacional, o acesso público às informações governamentais sofreu novamente restrições. Já no direito brasileiro, todavia, há uma tendência constitucional de franquear o acesso à informação que remonta à carta de 1824, quando o direito era individual e circunscrito a registros existentes sobre as pessoas nos órgãos públicos, sendo este o direito de petição à pessoa legitimada consagrado pela Constituição Imperial. Já o direito a informações gerais sobre o governo e sociedade era garantido pela liberdade de imprensa (JÚNIOR, 2008, p. 152 e 155).

A Constituição Federal atual assegurou o direito do cidadão à informação pública quando o elevou à condição de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXIII. Na mesma linha, refere-se esse direito no âmbito do princípio da publicidade, como indica o artigo 37, §3º, II (direito ao acesso a registros e informações

---

<sup>7</sup> O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente Richard Nixon eleito pelo Partido Republicano, tornando-se um caso paradigmático de corrupção.

do Governo) e por ocasião da gestão governamental das informações culturais, conforme §2º do art. 216.

Para Júnior (2008, p. 162), isto seria uma decorrência natural do fato que os dados, registros e informações em posse do administrador não são propriedades do Estado, pois este é mera representação do cidadão. Como pondera o autor, o princípio da publicidade da administração, previsto no artigo 37, *caput*, indica que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim ao próprio povo, que é, em última análise, o verdadeiro detentor do poder político.

Lafer (1988, p. 242) sublinha que o direito à informação é um direito fundamental à medida que vincula-se à personalidade, pois permite o livre exercício da democracia pela transparência da esfera pública, condição indispensável à participação de todos nos assuntos comuns da sociedade. De fato, a plenitude da formação da personalidade do cidadão vai depender dos meios à sua disposição para conhecer a realidade da sociedade, a fim de poder participar de debates e tomar decisões relevantes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 403).

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, isto não confere ao direito à informação um caráter absoluto. Nesse diapasão, Júnior (2008, p. 164) comenta que o STF já se manifestou sobre a questão em diversos pronunciamentos, afirmando que, por mais essencial que se apresente o direito à informação, ele não pode se impor *de per si*, sendo necessário uma relativização quando necessária à preservação de outros, tais como a segurança nacional ou a intimidade.

Assim, é necessário que, por vezes, haja a tutela judicial para definir a prevalência ou não do direito à informação. Como exemplo, pode-se citar a alteração efetuada pela emenda constitucional nº 45, de 2004, que faz referência à ação judicial ao se ponderar entre a preservação do direito à intimidade com o sigilo e o interesse público à informação.

#### 4. Direito à privacidade

Privacidade, no entendimento de Ferraz Júnior (2015), é um direito subjetivo fundamental cujo conteúdo é a faculdade da pessoa, titular do direito, de impor aos outros o respeito (e de resistir à violação) de situações vitais que, por dizerem respeito só a ela, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto do direito à privacidade é, sinteticamente falando, a integridade moral do sujeito. Na mesma linha, pode assim defini-la como a possibilidade que autoriza ao indivíduo impedir a intromissão de estranhos na sua vida íntima e familiar, bem como o acesso e divulgação de informações (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Em que pese existir um senso comum do que é privacidade, Doneda (2002) identifica que há uma considerável quantidade de termos que a doutrina brasileira utiliza para representar a privacidade, propriamente ou não. Tal variedade de termos pode levar à indefinição de seu conteúdo. Assim, o autor sugere que o sentido e alcance do termo privacidade deve ser obtido na Constituição, quando esta, ao tratar a privacidade no bojo das garantias e direitos fundamentais do artigo 5º, considerou-a como a proteção da “intimidade” e da “vida privada” do indivíduo (inciso X). Desse modo, a proteção da pessoa humana abrangeria estes aspectos, sendo irrelevantes as diferenças de conotações e semânticas ao se tratar das questões referentes à informação. Afigura-se, assim, o termo privacidade como a opção mais razoável e eficaz, sendo claro suficiente a especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade, unificando os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Contudo, se as posições doutrinárias convergem quanto ao conceito de privacidade, sua aplicação prática é bem mais complexa, em especial devido à maximização da produção e tráfego de dados. Trata-se da realidade da sociedade contemporânea, tão concreta a ponto de se afirmar que a humanidade experimenta a era da

Informação (CASTELLS, 2003, p.49). De fato, todo tipo de informação está disponível em tempo quase instantâneo, circunstância que leva o indivíduo a uma exposição muito superior a qualquer outra época da história humana, mesmo durante as atividades mais corriqueiras, pela ação das novas tecnologias<sup>8</sup>. O volume de informações de cunho pessoal lançado na própria Internet cresce exponencialmente, além de alcançar um número indefinido de destinatários, tornando-se, na prática, públicas. Isto, além de potencialmente atentar contra a autonomia e autodeterminação do indivíduo, pode representar uma ameaça à própria Democracia, uma vez que a invasão desmedida na privacidade do cidadão pode se tornar um meio de constrangimento da participação deste nos processos deliberativos (ROUVROY , 2015).

Assim, verifica-se que as antigas fórmulas para definição de limites da privacidade (recolhimento e exposição) não são mais razoavelmente eficazes, existindo importantes indefinições sobre o que é público ou privado. Assim, a questão que naturalmente surge desse cenário é como balizar a fronteira entre o que é ou não informação privada.

A jurisprudência germânica já enfrentou essa questão e concluiu, naquela oportunidade, que o acesso à privacidade do indivíduo só poderia se dar mediante uma justificativa plausível da necessidade de tal acesso. A justificativa deve ser específica e válida para o caso concreto, vinculada ao interesse público, pois só assim se estaria tutelando o direito constitucional da privacidade. Tal entendimento provém do direito à autodeterminação informativa, surgido de decisão do Tribunal Constitucional Alemão quando do julgamento da lei do censo alemão (*Mikrozensus-Eitscheidung*). Naquela oportunidade, a lei foi declarada inconstitucional em

---

<sup>8</sup> Para maiores informações sobre como a revolução da internet e, mais recentemente, as tecnologias de inteligência ambiental estão incrementando os riscos que atentam contra os indivíduos e seus direitos básicos, veja ROUVROY, Antoinette (2015).

virtude de não se definir com exatidão o motivo de se buscar específicas informações pessoais de um cidadão<sup>9</sup>.

Nesse contexto, é necessário que a restrição do direito à autodeterminação informativa ocorra num ambiente de atuação clara do poder público, além da identidade entre o motivo legal e a efetiva coleta. Dessa forma, conclui-se que a privacidade é regra e a intervenção estatal exceção. O ente público deve sempre tratar estas informações em estrito cumprimento das previsões e autorizações legais, sem olvidar do princípio da proporcionalidade (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 197).

Na ausência de um interesse público específico, pode-se presumir que a informação pessoal é irrelevante para a coletividade, o que leva ao direito de informação se apresentar na sua formulação negativa, de não interferência na privacidade do indivíduo. Seria necessário reavaliar a questão caso houvesse interesse público real, levando a necessidade de ponderar informação e privacidade através de uma harmonização, obtida mediante criteriosa análise e ponderação de seus alcances no caso concreto.

Essa harmonização seria realizada visando o princípio da Dignidade Humana enquanto fundamento da República e cláusula geral de tutela e promoção do ser humano, visando a proteção da pessoa em todos os seus aspectos. É princípio fundamental, inerente ao Estado Democrático de Direito e tem caráter informativo de toda ordem constitucional (TEPEDINO, 2004, p.50). A privacidade teria um caráter instrumental, agindo como um meio de se manter à Dignidade Humana (ROUVROY, 2015, p. 58-62).

Logo, tendo como referência o Princípio da Dignidade, e que a garantia da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, X, da CF), com o *status* de direito fundamental, têm aplicação imediata, é possível a pretensão do indivíduo de ter os seus dados

---

<sup>9</sup> BVerfGE 65,1 - Völkzählung Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 - 1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in der Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.

peçoais protegidos independente legislação infraconstitucional sobre o tema.

## **5. As lacunas na proteção à privacidade no direito brasileiro**

Os direitos à informação e à privacidade, agindo em sentidos opostos quanto ao acesso de informações, podem entrar em conflito. Entretanto, tal circunstância é natural quando da concretização dos princípios. Segundo Alexy (2008, p.93-94), haverá razões suficientes para que, em um juízo de sopesamento, um princípio prevaleça.

No caso do Direito Brasileiro, entretanto, há uma dificuldade maior para se alcançar o equilíbrio entre esses dois direitos. A causa disso é a deficiente garantia do direito à privacidade e proteção dos dados pessoais no sistema jurídico, uma vez que a matéria é tratada de forma superficial. Tal questão só assume importância diante de eventos danosos à privacidade, quando então busca-se recompor o dano por meio de ações judiciais sem, contudo, preocupar-se em exigir do Estado uma ação pró-ativa no cumprimento do dever de prestação da efetiva da proteção (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 209).

Neste contexto, verifica-se que a Constituição e o Código Civil não esgotam o tema privacidade, sendo o segundo especialmente falho no resguardo do direito a ela inerente. O primeiro motivo, como aponta Andrade, é a inexistência de uma cláusula de tutela geral da personalidade no Código Civil. Esta cláusula, segundo o autor, permitiria uma proteção mais efetiva dos direitos da personalidade (entre os quais o da privacidade) além de fazer uma ligação expressa destes com o princípio da dignidade (ANDRADE, 2002, p.106). O outro motivo diz respeito ao conteúdo do artigo 21 do Código Civil. Este artigo estabelece a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural e a possibilidade de tutela judicial em caso de ameaça. Assim, apesar do artigo vedar a violação da privacidade, tal situação, como exposto, não é algo que se pode qualificar com

facilidade, o que retira o caráter absoluto (e, portanto, algo retórico) que aparentemente possui a norma. Isto porque se esbarra na seguinte questão: ao que, propriamente, reporta a vida privada? (DONEDA, 2015).

A resposta a esta questão depende dos pressupostos teóricos e normativos que balizam a interpretação no caso que se coloca em exame. Nesse aspecto, a regulação do Código é praticamente ociosa pois não estabelece critérios mínimos de ponderação que favoreçam a interpretação judicial, ao contrário do que dispõe a sua congênere do Código Civil Português (DONEDA, 2015).

## **6. A lei de acesso à informação**

### **6.1 A lei de acesso à informação e a privacidade**

É justamente neste contexto que ingressa no mundo jurídico brasileiro a Lei nº 12.527/11, com a proposta de regular o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do artigo 37 e do § 2º do artigo 216 da Constituição Federal. Reconhecida como Lei de Acesso à informação, visava permitir uma transparência nas atividades governamentais sem precedentes no Brasil.

A lei, conforme sua própria exposição de motivos, institucionaliza o mecanismo de divulgação de informações, em razão deste ser um dos mais eficazes instrumentos de consolidação da democracia. Com isto, a lei torna-se importante instrumento de efetivação da cidadania e combate à corrupção, promovendo a ética e a transparência do setor público pela garantia do rápido, pleno e gratuito acesso às informações governamentais.

Essa lei fixou a regra geral da Constituição no sentido que, se o documento ou informação da Administração Pública que não é classificado como sigiloso ou pessoal deve, então, ser de interesse público. Assim, qualquer um poderá ter acesso à informação pública independentemente de justificativa. Nesse viés, o diploma legal

indicou também uma guinada do atual ordenamento jurídico brasileiro no conceito de intimidade/privacidade/proteção dos dados pessoais, tecendo contornos mais flexíveis e mitigadores destes direitos fundamentais (RUARO; LIMBERGER, 2012, p. 192).

Contudo, como exposto, mesmo nesse quadro de liberdade de acesso às informações, a violação indiscriminada dos dados pessoais continua sendo inadmissível, por afrontar diretamente direito à privacidade. É necessário que haja o devido armazenamento e manipulação da informação pessoal de posse da Administração Pública, sendo que, no caso da Lei nº 12.527/11, isso deve se dar em conformidade com os instrumentos que ela traz consigo.

A informação pessoal é tratada na LAI em diversos momentos. Inicialmente, a lei conceitua informação pessoal no artigo 4º, IV, estabelecendo que seria “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Estabelece-se, aí, a possibilidade de uma interpretação ampla da definição de informação pessoal, abrangendo todos os dados que se relacionam com o indivíduo.

A proteção aos dados pessoais começa a ser abordada a partir do artigo 6º, III, que determina que a informação pessoal e sigilosa deve ser protegida. Mais adiante, a sessão V do Cap IV trata especificamente das informações pessoais, na qual o artigo 31º diz que o tratamento da informação pessoal será realizado de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. O §1º do mesmo artigo reforça ainda mais essa proteção, colocando a restrição ao acesso à informação pessoal, independente de classificação sigilosa além de condicionar a sua divulgação ou acesso por terceiros somente por previsão legal ou consentimento das pessoas que elas se referem.

Assim, pode-se concluir que a informação pessoal é cabalmente protegida na LAI, estando a salvo de qualquer abuso. Não há, numa primeira observação, uma brecha na segurança dos dados pessoais. Entretanto, toda a análise de um sistema defensivo deve ser enfocada, primordialmente, nas vias de acesso que



demandam ao interior do dispositivo a ser defendido. Assim, trazendo para o contexto da lei, isto significaria a análise das exceções ao sigilo das informações pessoais, que estão previstas mais adiante, no §3º do artigo 31 da LAI. Entre as exceções, destaca-se que pode haver a quebra do sigilo da informação pessoal quando necessário à “proteção do interesse público geral e preponderante” (inciso V).

O interesse público, segundo Mello (2011, p. 61), é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Assim, há a natural supremacia do interesse público sobre o privado, sendo esta supremacia é “um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2011, p. 70). Faz coro Filho (2005, p. 34), ao afirmar que a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, sendo que os interesses privados não podem prevalecer sobre ele.

Assim, o interesse público geral e preponderante, previsto na LAI, seria um motivo perfeitamente admissível para configurar exceção ao sigilo da informação pessoal, vez que, nesse caso, estar-se-ia preterindo um interesse privado em prol de uma necessidade pública. Entretanto, é justamente aí que se verifica o primeiro defeito no trato da privacidade do cidadão pela Lei de Acesso à Informação.

Entretanto, ao enfrentar a definição de interesse público, Filho (2005, p. 36) afirma que este é um conceito jurídico indeterminado<sup>10</sup>, tornando seu conteúdo inexato. Aliás, essa

---

<sup>10</sup> Sobre conceitos jurídicos indeterminados, Barroso (2013, p. 339) informa que isto não é uma novidade no Direito Contemporâneo, onde se utiliza uma linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma no caso concreto. Os conceitos jurídicos indeterminados destinam-se a lidar com situações onde o legislador não pode ou não quis especificar, de forma detalhada, suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele

imprecisão conceitual é necessária pois é o que irá permitir a utilização mais eficiente do conceito. Desse modo, não seria adequado estabelecer uma definição pronta de interesse público, vez que essa indeterminação viabiliza a busca de uma aplicação mais adequada ao caso concreto, pois a função desempenhada pelos conceitos indeterminados é permitir uma abertura permanente em face da realidade (TRYBUS, 2006, p. 716).

Todavia, foram várias as tentativas de conceituar o interesse público, desde noções quantitativas (como sendo interesse público a soma dos interesses da maioria) até outras de cunho impessoal (quando se iguala interesse público com os interesses da sociedade. Tais tentativas, porém, não foram suficientes para defini-lo, o que corrobora com a ideia de sua indeterminação natural. Uma noção mais próxima de interesse público iria além de imperativos técnicos (dada a impossibilidade de alguns interesses públicos serem atendidos por particulares) e visaria principalmente imposições éticas, pois teria que conter valores como solidariedade social, igualdade substantiva e justiça distributiva, aspecto não priorizados pela iniciativa privada. Este contexto sugere que o interesse público estaria relacionado aos direitos fundamentais do cidadão e somente seria validamente utilizado para consagrar tais direitos (TRYBUS, 2006, p. 718).

Porém, apesar da plasticidade do conceito de interesse público ser útil em vários casos aplicáveis ao Direito, ela também pode ser causadora de problemas insuperáveis, em especial na ausência de instrumento jurídico que delimite o efetivo interesse público. Deve-se frisar que a indeterminação do conceito não concede ao governante a liberdade de escolha para defini-lo, mas, apenas e somente, um espaço de atuação direcionado à solução mais adequada em face da realidade. Não se pode deixar de observar que,

---

extraído. O emprego dessa técnica, assim, abre ao intérprete um espaço considerável de valoração subjetiva mas isto não significa que essa valoração possa ser ilimitada ou arbitrária. Isto envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito.

em função de seu próprio caráter mutável, é cediço que a utilização de conceitos indeterminados dá margem ao risco de sua aplicação equivocada ou desvirtuada (TRYBUS, 2006, p. 716).

Este é o pensamento de Filho (2005, p. 36), entendendo que a indeterminação do conceito de interesse público pode dar margem à arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, uma vez que o dirigente político, por vezes, aproveita-se da indefinição para evitar o controle de suas ações ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais. Mais adiante, Filho (2005, p. 46) complementa essa noção quando, ao referir que a atividade administrativa do Estado deve ser norteadada pelo respeito aos direitos fundamentais, afirma não ser cabível a legitimação de decisões dos titulares do poder público que, baseados na mera conveniência do interesse público, venham a produzir sacrifício de valor fundamental. Nesse contexto, qualquer invocação genérica ao “interesse público” que implique na diluição de direitos fundamentais deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do exposto, extrai-se que, ao se julgar o acesso a informações pessoais com base na LAI, é necessário delimitar o interesse público no caso concreto. O que ocorre, porém, é que a própria lei silencia quanto ao procedimento de avaliação neste caso, condição que pode ser desastrosa numa Lei cujo objetivo é a máxima transparência de dados. Para ilustrar a gravidade dessa situação, pode-se imaginar a hipótese na qual uma informação estritamente pessoal é solicitada sob a égide de um interesse público preponderante. A autoridade administrativa, sem parâmetros para decidir adequadamente a questão, fornece a informação causando danos à pessoa a quem ela se refere.

As medidas que a Lei nº 12.527/11 estabelece para punir tais vazamentos têm caráter remedial, *a posteriori*, não impedindo o dano que, muitas vezes, pode ser irreversível e irreparável. Isto em razão da própria natureza da informação que, uma vez divulgada, não há como voltar ao *status quo ante* de desconhecimento. Assim,

o valor da informação pessoal está, assim, na ignorância dos demais sobre aquilo que o indivíduo quer manter reservado.

Apesar das balizas interpretadoras do conceito de interesse público da LAI serem relevantes para o sigilo da informação pessoal, estas não podem ser consideradas como a solução definitiva. De fato, diante de um caso concreto em que se faça presente conflito entre direito fundamental e interesse público, e desde a lei não tenha esgotado os juízos passíveis de avaliação, caberá ao administrador público, embasado nos valores constitucionais e na técnica da proporcionalidade, ponderar os anseios envolvidos, buscando a máxima realização de todos (TRYBUS, 2006, p.720). Entende-se que esta deve ser a atitude da Administração pública ante aos conflitos entre o interesse público pela informação sob sua guarda e a privacidade do indivíduo a que esta informação se refere. Para tanto, deve a Administração Pública, em todas as esferas, estabelecer procedimentos de cunho gerencial que permitam ao servidor, detentor da informação, tomar decisões que levem ao atingimento dos objetivos da lei sem lesar a privacidade do cidadão. Tal regulação poderia ocorrer de forma infralegal, a um nível pragmático, operacionalizando os atos dos administradores diante dessa situação.

Isto também não exclui a atuação da doutrina que, ao se debruçar sobre o tema, gere condições que influenciem diretamente no processo de tomada de decisão do administrador, propiciando instrumentos autorizadores da aplicação da melhor técnica no caso concreto.

## **6.2 Constitucionalidade da lai**

Neste quadro, não se pode deixar de aventar a possibilidade de uma inconstitucionalidade material na Lei nº 12.527/11.

O exercício de direito fundamental pode resultar, muitas vezes, em conflitos com outros direitos constitucionais, sendo necessário, por vezes, a fixação precisa de restrições ou limitações

aos direitos para operacionalizá-los. De outra mão, não se pode conceber que tais restrições sejam ilimitadas, sob o risco de inviabilizar tais direitos. Assim, ao lado dos limites aos direitos, existem os limites aos limites, que balizam a ação do legislador quando este restringe direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição, referindo-se tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Desse modo, entende-se que direitos fundamentais formalmente ilimitados podem ser restringidos caso isto se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais. Assim, chega-se à teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos fundamentais são, em si, ilimitados e que, mediante a imposição de eventuais restrições, se convertem em direitos limitados, sendo uma das formas de limitação a decorrente de norma legal promulgada com fundamento na Constituição (SARLET, 2012, p. 397 e 402). No caso, a LAI, que visa concretizar o exercício do direito de acesso à informação, vai representar esse papel pois impõe uma restrição ao direito à privacidade por meio da exceção ao sigilo da informação pessoal.

Entretanto, essa restrição deve ter um alcance definido, sob o risco de, caso assim não seja, se comprometa a própria essência do direito, configurando-se, como já dito, o limites do limite do direito restringido. Nesse diapasão, Sarlet (2012, p. 404) leciona que tais limites dos limites, ainda que não definidos explicitamente na Constituição Federal Brasileira, devem guardar compatibilidade formal e material com a Carta Magna sendo que, entre eles, destacam-se, pela sua repercussão teórica e prática, a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proporcionalidade (e a razoabilidade<sup>11</sup>).

---

<sup>11</sup> A razoabilidade, apesar de correntes pregarem a sua fungibilidade com a proporcionalidade, com esta não se identifica. Sua conexão, segundo Alexy, se dá no terceiro nível de aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), o que não significa que se confundam e não

A garantia do núcleo essencial diz respeito à parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, descaracterizando-o como um direito fundamental. Assim, o estabelecimento de uma restrição a um direito fundamental não pode chegar ao ponto de negar a ele uma eficácia mínima. Entretanto, em que pese ser de suma importância proteger do núcleo essencial do direito fundamental, não há como defini-lo em abstrato e por antecipação, pois a qualificação do conteúdo protegido face às restrições se dá não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim pela circunstância de estar imune à ação do poder público e à disposição do titular do direito (SARLET, 2012, p. 411-413).

Assim, entende-se que a *conditio sine qua non* do caso concreto para se avaliar a garantia do núcleo essencial impede que se aprecie, neste trabalho, eventual restrição abusiva ao direito à privacidade pela LAI sob este prisma. Isto porque seria necessário, para tanto, o exame de fato já ocorrido, que não é objeto deste artigo.

A proporcionalidade se refere diretamente ao dever de proteção do Estados aos direitos fundamentais, no qual desponha, como um instrumento metódico de controle dos atos - tanto comissivos quanto omissivos - dos poderes públicos, sem prejuízo de sua aplicação a atos de sujeitos privados. Assim, a proporcionalidade atuaria em dois campos, impedindo tanto o excesso de atuação do Estado ao limitar os direitos fundamentais bem como a insuficiente proteção estatal ante a esses direitos. Neste contexto, segundo a doutrina majoritária, identifica-se três desdobramentos desse princípio quando atuando no controle da legitimidade das medidas restritivas: a) como elemento de adequação ou conformidade, que se traduz no controle da viabilidade da medida restritiva de alcançar o fim objetivado (idoneidade técnica); b) como elemento que avalia a necessidade da

---

tenham aplicações distintas. Uma das diferenças que se anota entre esses dois princípios é que a proporcionalidade requer, necessariamente, a uma análise trifásica (como será exposto), ao passo que a razoabilidade não solicita tal procedimento. (SARLET, 2007, p.409-410)

medida, ou seja, que a opção feita para restringir o direito foi a menos gravosa e c) para estimar a proporcionalidade em sentido estrito, que entende-se pelo equilíbrio entre os fins buscados na restrição com os meios utilizados para tanto, realizada por meio de comparação entre ambos. A isto soma-se o fato que a aferição da proporcionalidade em uma restrição a um direito fundamental deve, necessariamente, levar em conta uma justificação constitucional para essa restrição, sem a qual ela carece de motivação para existir (SARLET, 2012, p. 404-406).

Nessa quadra, entende-se ser possível a apreciação, em tese, de eventual restrição de um direito fundamental via princípio da proporcionalidade, tornando desnecessária a ocorrência do caso concreto para tanto. Esta possibilidade pode ser particularmente útil à análise da exceção ao sigilo das informações pessoais proposta pela LAI, uma vez que se trataria de juízo preventivo, em um contexto de proatividade, antes que ocorra dano à privacidade como já hipoteticamente descrito antes.

Para tanto, é necessário estabelecer um método para empregar a proporcionalidade no estudo da privacidade *versus* LAI, o que poderia ser viabilizado pela aplicação da proporcionalidade, sob a perspectiva de proibição de proteção deficiente, na avaliação dessa disputa. Isto porque a excessividade da restrição a um direito fundamental, colocada no âmbito de uma lei, também pode ser considerada, sob outro ponto de vista, uma falha na proteção desse direito no diploma legal em questão.

Nesse contexto, o uso da proporcionalidade para avaliar a suficiência ou não da proteção a um direito fundamental poderia ser realizado conforme a análise proposta por Christian Callies, que é composta de três etapas, sendo a primeira a verificação da adequação ou idoneidade da medida protetiva (e da sua própria concepção), ou seja, se ela é hábil para garantir o bem protegido. Caso positiva a resposta dessa fase, investiga-se se há meios de proteção mais eficiente sem que se tenha que intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da

comunidade. Vencida a segunda etapa, como ato final, avalia-se se o impacto das ameaças e riscos remanescente, após a efetivação das medidas de proteção, são admissíveis em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos (SARLET, 2012, p. 408).

Entende-se que há a possibilidade da LAI não ser aprovada numa análise desse tipo. De fato, verifica-se que LAI seria apta, numa primeira aproximação, a dar a adequada proteção às informações pessoais do cidadão. Isto se deduz dos dispositivos que tratam da informação pessoal (como os artigo 6º e artigo 31 já citados). Entretanto, num estudo mais profundo, se verificaria que toda informação pessoal estaria sujeita às exceções do artigo 31, §3º, no qual o interesse público geral e preponderante está previsto inciso V. Ora, como esgrimido antes, interesse público é um conceito indeterminado, cuja valoração dependerá do juízo de valor realizado no caso concreto e segundo algum parâmetro previamente estabelecido. E é justamente por este parâmetro não estar explícito na Lei que se poderia conceber a hipótese de uma restrição desmensurada do direito à privacidade do cidadão e, desse modo, configurando uma ilegalidade.

## **Considerações finais**

Como já discorrido, os direitos fundamentais à informação e à privacidade, podem, por vezes, apresentarem áreas de incidência comuns, o que sugeriria uma possível indefinição de alcance entre eles. Assim, é fato corrente que a aplicação desses direitos, no caso concreto, dependerá sempre da determinação dos seus limites de incidência, obtidos pela interpretação da lei e da Constituição. Tal questão tem especial importância no direito brasileiro, devido à proteção insuficiente dispensada à privacidade e o surgimento da Lei nº 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação.

Pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação é, inegavelmente, um grande e importante avanço na construção



democrática brasileira, oportunizando ao indivíduo o acesso a elemento essencial do exercício da cidadania: a informação sobre a coisa pública. Assim, se faz necessário que este instrumento legal seja manejado de forma a permitir sua melhor utilização, dando máxima eficácia ao direito fundamental à informação conforme estabelecido na Constituição.

A aplicação da lei, porém, deve ser executada de acordo com parâmetros que permitam visualizar alcance da incidência da lei, estando entre esses a definição dos reais limites entre a informação e a privacidade. A definição desse ponto, além de prevenir eventuais lesões à privacidade, reforçariam o direito do cidadão de exigir informações ao Estado, uma vez que esta exigência estaria apoiada em bases cabalmente estabelecidas.

Entretanto, tais parâmetros não estão definidos na Lei de Acesso à Informação, uma vez que esta, como se demonstrou, tem lacunas na definição dos contornos dos limites dos direitos à privacidade e informação. A solução decorrerá, necessariamente, da concepção desses critérios via interpretação sistemática da lei bem como de uma atuação pró-ativa da Administração Pública, de forma que o trato da informação pessoal pelo servidor por ela responsável ocorra com uma margem de segurança aceitável, permitindo não só o resguardo da privacidade do cidadão como, de outro lado, a implementação plena dos objetivos visados pela Lei de Acesso à Informação.

## Referências

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. **Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002**, in O Novo Código Civil e a Constituição, (Ingo W. Sarlet, org.). 2ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.1, n.235, jan/mar 2004. p. 1-36

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**.4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**.v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=212003>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em rede: a era da informação - Economia, Sociedade e Cultura**. v.1.Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

DONEDA, Danilo. **A tutela da privacidade no Código Civil de 2002**. Disponível em <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Danilo\\_Doneda\\_a\\_tutela.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf)>. Acessado em 06 Jun 15.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em <<http://www.tercio.sampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em 06 Jun 15.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Direito de Acesso à Informação. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3, nº9, jan/mar 2008

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** (um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt). Cia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALHARES, Cinara. Direito à informação e Direito à privacidade: Conflito ou Complementaridade? **Revista dos Tribunais**, Ano 97, Vol. 878, dez 2008.

ROUVROY, Antoinette. **Privacy, Data Protection and the Unprecedented Challenges of Ambient Intelligence**. In: Studies in Ethics, law and Technology, 2008, vol. 2, Issue 1. <[http://works.bepress.com/antoinette\\_rouvroy/2](http://works.bepress.com/antoinette_rouvroy/2)>. Acesso em :15 jun. 2016

ROUVROY, Antoniette; POULLET, Yves. **The right to informational self-determination and the value of self - development**: reassessing the importance of privacy for democracy, em Reinventing Data Protection?, de Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul de Hert, Cécile de Terwangne e Sjaak Nouwt (Org), Ed. Springer science+business media b.v .2009.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Temis. **O Direito de Privacidade do Servidor na Lei de Acesso à Informação e sua consequência no Crime de Violação do Sigilo Funcional**. Revista de Estudos Criminais – ano X – nº 46. São Paulo: Síntese, 2012.

RBS. **ZERO HORA**. Porto Alegre, RS, 5 de junho de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. São Paulo: RENOVAR, 2004.

TRYBUS, Daiana. Restrições de direitos fundamentais com base em razões de interesse público. In: PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos** vol. I. Curitiba: Juruá, 2006.

WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro. **Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo - USP**, 14(2): 83- 112, outubro de 2002. <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v14n2/v14n2a05.pdf>>. Acessado em: 08 Jun 15.

## O direito ao esquecimento na perspectiva dos direitos fundamentais

*Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk*<sup>1</sup>

### Introdução

O presente trabalho tem como objeto realizar uma breve análise acerca do denominado “direito ao esquecimento” e do direito ao “não esquecimento” na perspectiva dos direitos fundamentais, especialmente no âmbito do direito brasileiro, partindo da análise de dois casos emblemáticos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

As noções de privacidade são encontradas na Bíblia, em textos gregos clássicos e, inclusive, na China Antiga, com enfoque no direito à privacidade ou até mesmo à necessidade de solidão (DONEDA, 2001, p. 112). A privacidade é de salutar importância, na medida em que cria uma esfera pessoal de sigilo, de reserva. De se referir que a dimensão do que seria essa reserva dependerá do contexto social no qual o indivíduo está inserido. Nesse sentido, Michele Bocchiola argumenta que:

[...] la privacy è importante perché svolge una funzione assai preziosa: la creazione di una sfera personale di riservatezza, il cui accesso è limitato. La dimensione di questa area, però, appare assai

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Uniderp – Anhanguera. Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: helenbernasiuk@gmail.com.

vaga e dipende molto dal contesto sociale, culturale e storico in cui le persone si trovano. (BOCCHIOLA, 2014, p. 107).

A depender do contexto histórico em que está inserido o indivíduo, a privacidade poderá ter diferentes dimensões e conotações<sup>2</sup>. Inegável a existência de danos provocados pelas novas tecnologias da informação na sociedade atual. Os meios de comunicação e, nesse particular, a internet, fazem com que tudo aquilo que era facilmente esquecido, ou ainda, não muito divulgado, acabe se perpetuando.

O direito ao esquecimento, historicamente, surgiu na esfera criminal, a fim de possibilitar a ressocialização do ex-detento. Um dos fundamentos é o de que não tem por objetivo apagar fatos ou reescrever a própria história, mas sim, a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente, o modo e a finalidade com que são lembrados.

Não há uma lei estabelecendo o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o que há apenas é um enunciado, o qual não possui valor de lei, mas que pode ser utilizado como orientação em julgamentos. Até mesmo porque o controle jurisdicional da liberdade de expressão tem como fundamento a “[...] prescrição constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’(art. 5º, XXXV)” (FARIAS, 2004, p. 284).

Há uma grande dificuldade na concretização do direito subjetivo; porquanto, de um lado tem-se a liberdade de imprensa e de expressão<sup>3</sup> como um dos pilares da Democracia e, de outro, a necessidade de também tutelar-se os direitos de personalidade. A grande dificuldade em estabelecer a prevalência de um direito sobre o outro é exatamente porque é tênue a linha que separa a atividade regular da informação do

---

<sup>2</sup> Consoante entendimento do jurista português Mario M. Vargues Gomes, na gênese do conceito de privacidade estaria a confidencialidade da correspondência e o direito à imagem (GOMES, 2006, p. 23).

<sup>3</sup> Rodotà preconiza que a liberdade de manifestação e pensamento é um dos valores fundantes da democracia, “[...] confiado a mil textos e mil normas, da Primeira Emenda à Constituição americana ao art. 21 da Constituição Italiana, ao art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia” (RODOTÁ, 2013, p. 19).

ato violador de direitos da personalidade. Assim, a partir da análise de alguns casos paradigmáticos, tem-se como objetivo estabelecer alguns parâmetros para dirimir a controvérsia.

## **1 Direito ao esquecimento: conceito e origem**

O direito ao esquecimento, também denominado “*right to be forgotten*”; “*derecho al olvido*”; “*diritto all’oblio*”, “[...] consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não têm legítimo interesse público”. Desse modo, diz respeito ao reconhecimento jurídico “[...] à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade” (DOTTI, 1998, p. 301).

É o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato “[...] verdadeiro ou não, relacionado ao indivíduo, seja exposto perpetuamente, causando-lhe dor ou sofrimento, bem como a renovação da repercussão social já vivenciada” (SILVEIRA, 2014, p. 52). É tratado como “[...] um dos aspectos do direito da personalidade, derivando da proteção da intimidade e à privacidade” (KHOURI, 2013, p. 463).

De se referir que tal interesse é sempre balanceado com o direito e a liberdade de informação. Por essa razão, são diversos os fatos levados em consideração para auferir a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento, como a gravidade do crime, época em que cometido, bem como o fato de eventos contemporâneos necessitarem ou não de informações sobre fatos passados para sua perfeita compreensão (FACCHINI NETO; FERRARI, 2014, p. 79-118).

É também “[...] conhecido como direito de ser deixado em paz ou de estar só” (PAIVA, 2014, p. 273). A expressão “direito a ser deixado só (*right to be let alone*), foi dada pela primeira vez pelo Juiz Thomas McIntyre Cooley em seu “*Treatise of the Law of torts*, Callaghan, 1888” (DONEDA, 2006, s.p.).

O direito à intimidade, *the right to privacy* (LIMBERGER, 2007, p. 55), surgiu por criação de Samuel Warren e Louis D.

Brandeis, em razão de o Senador Samuel ter considerado exageradas as notícias divulgadas pela imprensa de Boston por ocasião do casamento de sua filha. O referido artigo promovia a criação de um novo direito civil que protegeria o espaço pessoal do indivíduo contra a difusão não autorizada ao público (ABRIL; PIZARRO, 2014, p. 08-09).

A “[...] partir da segunda metade do século XX é que o direito à intimidade e à vida privada paulatinamente foi tomando a feição que hoje tem”<sup>4</sup>. Diversos questionamentos surgiram no que tange à abrangência desse direito ao esquecimento. Assim, “[...] *el derecho al olvido constituye una expresión de la intimidad entendida como un derecho a la autodeterminación informativa, dirigido a inhibir la difusión de informaciones que desvelen circunstancias personales*” (SUÁREZ; 2014, p. 3), circunstâncias essas que carecem de interesse público.

Desse modo, será feita uma breve análise de casos paradigmáticos no direito comparado, bem como de alguns julgados, no âmbito do direito brasileiro, a fim de verificar alguns parâmetros para a aplicação do direito ao esquecimento no nosso ordenamento jurídico.

## 2 Direito comparado: casos paradigmáticos

### 2.1 Melvin x Reid

No caso Melvin versus Reid (DOTTI, 1998, p. 300), o Tribunal de Apelação da Califórnia reconheceu a existência de um direito ao esquecimento em favor de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta que

---

<sup>4</sup> “Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, art. 12: ‘Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda a pessoa tem direito à proteção da lei.’ Convenção Européia sobre os direitos do Homem, 1950, art. 8º: ‘Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência’. Também no art. 17 do Pacto da ONU sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 11 da Convenção Americana dos Direitos do Homem, 1969 (FLACH, 2002, p. 377).

havia sido acusada de homicídio, mas absolvida em 1918. Após o caso, casou-se com Bernard Melvin e passou a ter uma vida honrada e possuía admiração na sua localidade.

Todavia, em 1925, o produtor de cinema Reid fez um filme baseado na biografia da mulher, com destaques para suas características sensuais e para o processo criminal que respondera. O Tribunal condenou Reid a uma indenização como forma material de reparação, porquanto aquele tipo de publicidade causou um enorme dor moral à Gabrielle, com reflexos em sua saúde.

## **2.2 Caso Lebach I e II**

Em 1969, em Lebach, um lugarejo situado na República Federal da Alemanha, aconteceu uma chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munição. Os dois principais acusados de terem cometido o delito foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro, que era partícipe, foi condenado a 06 anos de reclusão.

Uma TV alemã produziu um documentário, em que relataria o crime. No documentário seriam apresentadas fotografias. Tal documentário seria apresentado dias antes de o terceiro condenado deixar a prisão, após ter cumprido a pena. Desse modo, pleiteou tutela liminar para que o programa não fosse exibido, arguindo a proteção constitucional de seu direito de personalidade.

O Tribunal Constitucional<sup>5</sup> entendeu pela impossibilidade de transmissão do documentário, caso a fotografia ou o nome do reclamante fosse exposta. Segue parte do julgado:

A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida do programa. [...] No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade

---

<sup>5</sup> O caso Lebach é trazido no voto condutor do Relator, a fim de aplicar a tese do direito ao esquecimento (BRASIL, 2013, p. 40-41).



deve ser ponderada com o interesse de informação da população. Em face do *noticiário atual* sobre *delitos graves*, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado [...] o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será inadmissível se ele tiver o condão de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). (BRASIL, 2013, p. 40-41). [grifo nosso]

Cumprе referir que o TCF da Alemanha julgou o caso Lebach II<sup>6</sup>, em 1999, que seria uma espécie de visitaçãо ao problema do direito ao esquecimento de forma diversa. Foi questionada a liberdade de comunicação de uma emissora de TV, que pretendia transmitir outro programa sobre os homicídios dos soldados. No entanto, com a alteração dos nomes de alguns envolvidos e sem imagens reais. Nesse caso, o Tribunal entendeu que não configurava violação ao direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional. Decorridos trinta anos dos homicídios, a transmissão do programa televisivo não representaria risco para a ressocialização dos delinquentes.

### 2.3 Caso Google Spain

A questão acerca do direito ao esquecimento ganhou grande notoriedade a partir da polêmica decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Google Spain SL, Google Inc / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

---

<sup>6</sup> O jurista Daniel Sarmento traz o caso Lebach II para argumentar que, nas últimas décadas, a proteção da liberdade de expressão vem se tornando mais intensa na jurisdição constitucional alemã, em casos envolvendo direitos da personalidade (SARMENTO, s.d.).

Em 2009, o senhor Mario descobriu que um jornal da Espanha mantinha em seu *site* uma notícia referente a uma execução de uma dívida retroativa a 1998. Como a dívida havia sido paga, requereu a retificação da informação, o que não foi feito. Desse modo, solicitou ao Google Espanha que o fizesse e apresentou reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), a qual, por sua vez, solicitou ao Google Espanha que aditasse a informação do devedor, o que também não ocorreu.

Assim, a Google recorreu à Audiência Nacional, que remeteu o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A decisão do Tribunal foi no sentido de que os cidadãos possuem o direito de se dirigir ao Google para solicitar a retirada de seus dados pessoais dos resultados de busca, com base na norma de proteção de dados, sempre que existam motivos relativos à situação pessoal concreta do afetado.

A decisão do Tribunal recebeu inúmeras críticas. De se referir que o advogado geral do Tribunal havia lançado parecer no sentido de que a Diretiva Europeia sobre proteção de dados não tutelaria o direito de retificar, apagar ou bloquear dados, um direito geral ao esquecimento (UNIÃO EUROPEIA, s.d.).

O espanhol Mario Costeja González peticionou ao Google e ao jornal catalão *La Vanguardia* para que fossem apagados registros na internet sobre a hasta pública de imóveis de sua propriedade em uma execução fazendária. A relevância da matéria fez com que o órgão judiciário espanhol – Audiência Nacional – suscitasse a apreciação prévia do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O entendimento foi o de que o Google, por ser um *site* de buscas, se enquadraria no conceito de “tratamento de dados”, de acordo com a Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995. Assim, entendeu que o Google seria responsável por assegurar que suas ações não subtraíam as pessoas de um nível mínimo de proteção à vida privada.

De se referir que também foi afastada, pelo Tribunal Europeu, a tese de que o Google espanhol não poderia se responsabilizar pela

operação da matriz norte-americana. Porque, como na Espanha havia uma filial com o objetivo de obter lucro, através de publicidade, isso implicaria a corresponsabilidade da matriz, bem como da sucursal, porquanto essa última propicia ganhos financeiros que mantém a primeira.

Conforme os juízes do caso Google Espanha decidiram, no ordenamento europeu existe um direito de oposição, de natureza condicionada, ao modo como se opera o tratamento de dados pessoais, cujo fundamento é o artigo 14 da Diretiva 95/46.

No entendimento da Corte Europeia, o direito ao esquecimento (RODRIGUES JUNIOR, s.d.) não é absoluto, porquanto deve ser apreciado levando-se em conta o equilíbrio entre direitos fundamentais. Ao que se deduz, para que seja possível a aplicação do direito ao esquecimento, o Tribunal Europeu fixou alguns parâmetros, a saber: a) natureza da informação divulgada na rede; b) o caráter sensível dessa informação para a vida privada da pessoa atingida; c) o interesse público em se divulgar a informação, que será variável a depender da posição do indivíduo na vida pública.

De fato, há uma discussão na Europa (RODRIGUES JUNIOR, s.d.) no que atine ao artigo 17 da Diretiva Europeia de Proteção de Dados 95/46/CE, a qual poderá tutelar o “direito a ser esquecido”, numa tradução ao *“right to be forgotten”*. Esse direito ao esquecimento permitirá que a pessoa possa gerir seus dados e suprimi-los, caso não haja mais motivos legítimos para o seu tratamento.

No caso do Google Spain, importante referir que a decisão não foi no sentido de se apagar o fato em si, mas sim, de não estabelecer o vínculo que se faz a busca. Isso porque, se a pessoa interessada fosse até o jornal que veiculou a notícia, essa estaria lá.

### **3 Direito ao esquecimento no âmbito do direito brasileiro**

#### **3.1 Enunciado 531, da IV jornada de direito civil do CJF**

O Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do CJF (KHOURI, 2013, p. 464), com base na interpretação que se fez ao art. 11, do Código Civil, afirma que o direito a ser esquecido é direito de personalidade: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”.

Esse direito, que tem sua origem histórica em condenações criminais, assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos. Consoante consta na justificativa do Enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente, o modo e a finalidade com que são lembrados. (BUCAR, 2013, p. 13).

O objetivo da proteção “[...] é a própria pessoa na sua intimidade e as novas tecnologias da informação colocam em risco sobremaneira esse direito da personalidade” (KHOURI, 2013, p. 463).

Diversos questionamentos surgiram, no que tange à abrangência desse direito ao esquecimento. Uma das críticas seria a de que, caso seja interpretado de modo excessivo, em breve serão retirados dos repertórios os dramas do mundo, como guerras e holocaustos, simplesmente porque vitimam a consciência das pessoas e da nação.

### 3.2 Resp 1.334.097/RJ- candelária: o direito ao esquecimento

Jurandir Gomes de França ajuizou ação indenizatória contra a TV Globo Ltda. O autor foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como Chacina da Candelária. Todavia, restou absolvido pelo Júri, por negativa de autoria, por unanimidade pelo Conselho de Sentença.

Alegou que a empresa ré o procurou, com o objetivo de entrevistá-lo para o programa televisivo Linha Direta – Justiça; todavia, recusou-se a dar entrevista e mencionou o seu desinteresse em ter sua imagem apresentada em programa nacional.

O argumento foi o de que se levou a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade em que reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal.

O Recurso Especial foi interposto pela TV Globo Ltda., que preconizava que o fato de a pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando-se lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem, independentemente de autorização.

Ao julgar o Resp n. 1.334. 097/RJ, o STJ reconheceu que um homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e, que, posteriormente foi retratado como envolvido no programa “Linha Direta”, da TV Globo, mesmo esclarecendo que ele teria sido absolvido, teve o seu direito ao esquecimento violado pela emissora, razão pela qual a Globo foi condenada a pagar uma indenização de R\$ 50.000,00 por danos morais.

No caso, na ponderação entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão/informação e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, vida privada e honra (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), prevalecendo esses últimos.

Um dos argumentos do voto condutor, do Ministro Luis Salomão, é o de que, se os condenados têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, com maior razão aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito a ser esquecido. De se referir que Jurandir não havia sido condenado pelo homicídio, bem como houve uma veiculação não consentida. O crime já havia ocorrido há mais de treze anos e restou atingido o direito de personalidade.

A Ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2013) negou provimento ao Recurso Especial, mantendo a condenação ao argumento de que o caso poderia ser rememorado sem mencionar o nome e a imagem da parte. As consequências foram nefastas. Assinala que:

[...] o autor alega ter tido que se mudar da comunidade onde morava; sofreu ameaças, ódio social contra si e seus familiares; não foi admitido como porteiro; não recebeu serviços de serralheria e, da análise dos documentos dos autos, conclui o acórdão de origem, textualmente, que a “posterior veiculação do episódio contra a sua vontade expressa no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro, reacendeu, na comunidade em que vivia o autor, o interesse a desconfiança de todos. (BRASIL, 2013, p. 51).

O Ministro Luis Salomão afirma que o direito ao esquecimento “[...] afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana” (BRASIL, 2013, s.p.).

Outro argumento do voto condutor seria o de que o caso da Chacina da Candelária poderia ser contado, sem que fossem utilizadas a imagem e o nome do autor da demanda, pois nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido,

ponderação de valores, no caso, seria a melhor solução ao conflito (BRASIL, 2013, s.p.).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento na perspectiva da pessoa que foi absolvida de um crime. De se referir que apenas Jurandir ingressou com a demanda, os demais participantes (que, inclusive foram condenados criminalmente) não ajuizaram demanda judicial.

Como a notícia já havia sido veiculada no meio de comunicação e o pedido era de indenização por danos morais, sob fundamento de que a veiculação do nome e imagem tenha causado grande abalo moral, restou mantida a condenação no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixada pelas instâncias ordinárias.

Ênio Santarelli Zuliani (2007, p. 53) entende que a indenização por danos morais em face da imprensa possui natureza compensatória. Na impossibilidade de se avaliar o “preço da honra endoada”, da reputação “vilipendiada”, do nome “ultrajado”, os juristas criaram a explicação de que seria preciso destinar dinheiro ao ofendido para que pudesse ele obter alegrias que fossem capazes de mitigar os malefícios das agressões sofridas.

No direito inglês é o Júri que arbitra o valor da indenização. Dentre os aspectos levados em consideração para o cálculo do montante indenizatório estão o “[...] comportamento do autor do dano, particularmente o grau de sua culpa, a apreciação da reputação da vítima e a extensão do dano são os critérios mais utilizados, tanto para agravar, quanto para diminuir a soma acordada a título de indenização” (PORTO, 1995, p. 121).

No caso analisado, o Ministro Luis Salomão (BRASIL, 2013, p. 50) manteve o *quantum* indenizatório fixado, levando em consideração a gravidade do fato, bem como a possibilidade financeira da emissora de televisão. Do mesmo modo, o Ministro Antonio Carlos Ferreira, no que atine ao valor da indenização, no caso em análise, entende “[...] ser até baixo em relação à repercussão que o fato trouxe para a vida do cidadão” (BRASIL, 2013, p. 53).

Cumpra referir que o patrimônio da empresa demandada não é o único fator a ser levado em consideração para a fixação do *quantum* indenizatório, devendo ser levada em consideração a repercussão que a notícia teve na vida da vítima. Consoante entendimento da Eminente Ministra Ellen Gracie, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, “[...] a ofensa proferida por intermédio dos meios de comunicação, quanto maior for a sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá” (BRASIL, 2009).

É de se concluir que, se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pela possibilidade de aplicação ao direito do esquecimento, em face do condenado criminalmente, com mais razão aplicá-lo em razão daquele que fora absolvido judicialmente.

### **3.3 Resp 1.335.153-/RJ – Aida Curi: o direito ao não esquecimento**

O Recurso Especial 1.335.153-RJ foi interposto pela família de Aida Curi, uma jovem estuprada e morta em 1958, ao fundamento de que a reportagem abriu antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aida, inclusive explorando a sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado “Linha Direta”.

Os familiares pleitearam indenização pela lembrança de dores passadas, invocando o direito ao esquecimento, em razão do uso comercial da imagem da falecida.

Não obstante, nesse caso, o STJ, fazendo a indispensável ponderação de valores, entendeu que o acolhimento do direito ao esquecimento, com a consequente indenização, consubstanciaria desproporcional corte à liberdade de imprensa se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

De se referir que o voto do Relator traz alguns contrapontos importantes ao reconhecimento do direito ao esquecimento, a saber: 1º constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa; 2º o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma



pessoa significa a perda da própria história, ou seja, o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; 3º o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, os quais entraram para a história social, policial e judiciária, ou seja, são informações de inegável interesse público; 4º quando alguém está inserido em um fato de interesse coletivo, se mitiga a proteção da intimidade e da privacidade, em benefício ao interesse público.

Importante referir que, no caso em análise, foram os irmãos de Aida que ingressaram com a demanda judicial. Ou seja, não foram os “assassinos”. O STJ entendeu que seria um corte à liberdade de imprensa, ao argumento de que transcorrido cinquenta anos, a veiculação da notícia não causaria dor aos familiares da vítima.

Uma das teses utilizadas na Tribuna seria o de que não haveria como dissociar Aida Curi desse crime.

A Ministra Maria Isabel Gallotti, no seu voto vencido, assinala que se questiona o direito à imagem do morto e seus familiares, que viveram os fatos e foram, inclusive, retratados ao lado do corpo. Um dos fundamentos foi o de que houve recusa expressa, com notificação extrajudicial enviada à emissora. Ademais, não há como negar que a imagem foi utilizada para fins comerciais, porquanto inerente à atividade comercial por ela desenvolvida. Desnecessário, ainda, mostrar foto da vítima ensanguentada (BRASIL, 2013, p. 47).

Rebateu, assim, a tese defendida pelo causídico de que a circunstância de Aida haver sido vítima de evento público, crime hediondo que suscitou forte interesse coletivo na época, seja suficiente para mitigar o direito de sua família à intimidade. Aduziu que o número de *links* na internet acerca do crime ocorreu justamente em razão da veiculação no Programa Linha direta, *verbis*:

Quanto à alegação feita da tribuna e também em memorial de que há 470.000 links na internet sobre o crime, creio que agora, mais

de cinquenta anos depois, haver tanto interesse sobre esta desgraça que acometeu pessoa anônima na década de cinquenta, é evidenciada de como esse programa Linha Direta pôde resgatar um assunto que estava, de fato, esquecido. Portanto, com a devida vênia, penso que têm razão os autores ao pedirem indenização. (BRASIL, 2013, p. 47).

No mesmo sentido, o Ministro Marco Buzzi (BRASIL, 2013, p. 50) acompanhou a divergência ao argumento de que eternizar uma informação desprovida de interesse público ou histórico viola o direito ao esquecimento. Assim, entendeu que a família da vítima do crime tem o direito ao esquecimento, podendo desfrutar da liberdade de não reviver memórias tristes, bem como a empresa televisiva tinha o intuito econômico, explorando comercialmente as imagens (Súmula 403/STJ), pois utilizou imagens e fotografias dos recorrentes e de Aida.

O voto condutor do Ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2013, p. 50), todavia, entendeu ser inaplicável a Súmula 403/STJ, porquanto a imagem não fora usada de forma desrespeitosa, tampouco com interesse econômico.

Nesse aspecto, cumpre referir que, não obstante a ausência de contemporaneidade dos fatos seja um dos entendimentos para que não seja aplicado o “direito ao esquecimento”, é inegável o uso comercial da imagem da vítima, inclusive por se tratar de meio de comunicação privado.

### **3.4 STF: repercussão geral**

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, restou reconhecida a existência de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário, com Agravo n. 833.248, acerca da questão atinente ao direito ao esquecimento. A ementa é do seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, 2014, s.p.).

Do voto no Ministro Dias Toffoli extrai-se que a matéria, além de abordar nítida densidade constitucional, extrapola os interesses subjetivos das partes, porquanto aborda temas relativo à harmonização de importantes princípios dotados de *status* constitucional: “[...] de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada” (BRASIL, 2014, p. 04).

A repercussão geral é oriunda do agravo contra decisão que havia negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto por Nelson Curi e outros. Ou seja, diz respeito à decisão proferida no caso Aida Curi.

Nesse caso, o entendimento foi o de reconhecer a existência de repercussão geral ao argumento de que havia interesse público em razão do caráter constitucional. Cumpre referir que, até o momento, ainda não há julgamento de mérito acerca do assunto.

### **3.5 Direito ao esquecimento na internet: breves considerações**

No âmbito da internet, o direito ao esquecimento ganha outros contornos. Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão argumenta que o direito ao esquecimento se torna mais complexo quando aplicado à internet, na medida em que é um ambiente que:

[...] por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse cyberspaço. (BRASIL, 2013, p. 25).

Na Espanha, a proteção de dados está sedimentada na Constituição Espanhola de 1978, bem como há dispositivo estabelecendo a limitação do uso da informática para a preservação da intimidade (RUARO; RODRIGUEZ, 2010, p. 178).

Há a necessidade de se fazer um balanceamento entre a proteção da pessoa e o progresso tecnológico (DONEDA, 2003, p. 117). No âmbito do direito brasileiro, o STF julgou improcedente a Reclamação 15.955 MC/RJ (BRASIL, 2014) interposta por Xuxa contra a decisão do STJ que denegava a pretensão de que a Google Brasil excluísse qualquer resultado para uma “[...] pesquisa Google, quando utilizada a expressão ‘XUXA PEDÓFILA’”, ou, ainda, qualquer outra que associasse seu nome a uma prática criminosa.

Xuxa teria ingressado com ação inibitória em face da empresa Google Brasil Internet Ltda., postulando antecipação de tutela, para que a empresa Google não mais apresentasse qualquer resultado para uma pesquisa que utilizasse o termo “Xuxa pedófila”, sob pena de pagamento de multa cominatória.

No Primeiro Grau, o juízo concedeu a antecipação de tutela; todavia, a liminar foi objeto de parcial reforma pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apenas para restringir as imagens de seminudez. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial nº 1.316.921 da Google Brasil.

De se referir que, no caso, restou mantida a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela impossibilidade de vedação da restrição das pesquisas, em razão do conteúdo público e do direito à informação:

*5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu*

papel se restringe à identificação de páginas na “web” onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos ‘sites’ de pesquisa. 6. *Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão*, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. *Não se pode*, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na “web”, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. *[...] para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação*. 9. *Recurso especial provido*. (BRASIL, 2012, s.p.). [grifo nosso]

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso envolvendo Xuxa é totalmente diverso ao posicionamento dado pela União Europeia no caso “Google Spain”. O entendimento foi o de que, como a informação já estaria na rede, não teria como o Google suprimi-la. Ainda, se posicionou no sentido de que o Google era apenas um facilitador da informação, razão pela qual a demanda deveria ser ajuizada contra aqueles que veicularam os dados. Restou consignado no acórdão que não se poderia reprimir o direito da coletividade à informação.

O direito à exibição da imagem entra em colisão com importante faceta do direito à intimidade, porquanto não há dúvidas de que possam causar grave dano à pessoa retratada. Isso porque a vida da pessoa, no caso da Xuxa, se encaminhou no sentido oposto aos filmes em que participou no passado, pois é notoriamente

conhecida por sua carreira de apresentadora infantil (e não como atriz de “filme pornô”).

Há uma grande dificuldade em se formar parâmetros para a aplicação do direito ao esquecimento, na medida em que, se no caso da pessoa absolvida criminalmente e, inclusive, do ex-detento, o entendimento é no sentido de ressocialização da pessoa, com mais razão, no caso da apresentadora Xuxa, que não foi condenada por nenhum crime, razão pela qual teria o direito de não ser lembrada por fatos cometidos no passado.

A internet traz contornos peculiares, porquanto produz um efeito de “[...] *ubicuidad temporal, pues nos devuelve al pasado como si fuese una sala de espejos donde la memoria queda diseñada al capricho de recuerdos traídos una y otra vez por nuevos e viejos usuarios de la web*” (SUÁREZ, 2014, p. 8).

#### **4 Considerações finais**

O direito ao esquecimento tem como fundamento basilar o interesse do ex-detento à sua ressocialização, a qual ficaria comprometida caso notícia veiculada ao crime cometido viesse à tona.

A solução aplicada é a da ponderação de valores, a fim de que seja analisado se há interesse público atual daquela informação. Caso haja, o entendimento é o de que o direito ao esquecimento não deve ser privilegiado, sendo lícita a publicidade daquela notícia, “[...] a qual não se restringe a matérias em campo penal, podendo se exemplificar por meio dos casos primordialmente históricos (analisados concretamente), quando não for possível a narrativa desvinculada dos envolvidos” (SILVEIRA, 2014, p. 54). Todavia, se o interesse público não for atual ou inexistir, caberá o direito ao esquecimento, a fim de que não sejam trazidos à tona fatos pretéritos.

Cumprе referir que nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, embora ambos digam respeito a crimes cometidos no

passado, há uma diferença salutar entre ambos: o Resp n.1.335.153/RJ, Caso Aida Curi, se refere à perspectiva de parentes da vítima, enquanto o Resp n. 1.334.097/RJ, Caso Candelária, é tratado sob a perspectiva de um acusado pela prática de um crime que, posteriormente, restou absolvido.

A partir dos dois casos há a possibilidade de doutrinariamente verificar alguns parâmetros para se aplicar ou não o “direito ao esquecimento”. A dificuldade se dá abstratamente. Inclusive, há que se diferenciar o que é interesse público do que é interesse do público (curiosidade). A tecnologia também acaba alterando a nossa maneira de viver, na medida em que se está em um “presente constante”.

Gilmar Ferreira Mendes, ao julgar a ADPF n. 130, preconiza a necessidade de ponderação a partir do caso concreto, inclusive trazendo como exemplo o Caso Lebach:

[...] na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, não há essa hierarquização entre direitos fundamentais. Essa é a premissa básica, de modo que a ponderação se faz a partir do caso concreto. Nós vamos encontrar – o Ministro Direito acabou de mencionar no seu voto – o Caso Lebach, em que a Corte Constitucional, considerando uma situação muito peculiar de um presidiário que estava na iminência de obter liberdade condicional e se via às voltas com o anúncio de um programa de TV, o qual noticiaria fatos ligados àquele assassinato, reconhece que era legítimo àquele presidiário obter uma proibição de divulgação sobre a sua situação, fazendo, portanto, uma ponderação específica, e dizendo: o interesse jornalístico já se fez, já se cumpriu; agora, um documentário só vai prejudicar a reinserção social desse pobre homem. E então a Corte veda a divulgação. Vejam, portanto, como é importante a reflexão sobre esse assunto, a partir de um caso concreto. (BRASIL, 2009, p. 274).

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009), ao proferir o seu voto no julgamento da ADPF n. 130, preconizou que as publicações que extravasam, abusiva e criminosamente o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível

primário de insulto, da ofensa e, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade de proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão, pois essas liberdade não podem compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou civil.

A responsabilidade civil é “[...] *una consecuencia lógica y natural de todo daño causado injustamente, y como la solución más posible orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado*” (PIZARRO, 1983, p. 04).

A Constituição Federal, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, garante, também, o reconhecimento da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Essa reparação não transgredir os parágrafos 1º e 2º do art. 220 (BRASIL, 1988) da Constituição Federal, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (art. 5º, V e X) a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação.

Inexiste um consenso fechado acerca de quais seriam os limites, bem como a extensão das liberdades de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. Tampouco, há critérios fechados acerca de quais parâmetros seria possível se utilizar da tese do “direito ao esquecimento”.

Não obstante haja muita discussão acerca da aplicação ou não do direito ao esquecimento, inviável se mostra a perpetuação de certas informações. Uma das maiores dificuldades a serem enfrentadas é a ausência de limites na internet.

O caso concreto “[...] deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida” (SCHREIBER, 2013, p. 172).

Desse modo, cabe ao intérprete, ao aplicador dos direitos fundamentais, atribuir importância distinta aos valores por ele



densificados, conforme assinala Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 412): “[...] sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado”.

Assim, a colisão entre direitos de liberdade de expressão e informação e privacidade, com outros direitos fundamentais do indivíduo deverá ser solucionada pela ponderação na forma constitucional, que assegura a proibição da censura, mas impõe responsabilidade, em casos de abuso da liberdade de expressão e informação, que será verificado pelo julgador, na análise do caso concreto.

## Referências

ABRIL, Patricia S.; PIZARRO, Moreno Eugenio. La intimidad europea frente a la privacidad americana: una vision comparativa del derecho al olvido.

**Índiret:** Revista para el Análisis del Derecho, 2014, p. 08- 09. Disponível em: <<http://derechoaleer.org/media/files/olvido/1031.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ALPA, Guido. **La responsabilita civile:** illecito per colpa; rischio d’impresa; assicurazione. Milano: Dott A. Giuffrè, 1976.

BOCCHIOLA, Michele. **Privacy:** filosofia e politica di un concetto inesistente. Roma: Luiss University, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097- RJ.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28-05-2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153- RJ.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28-05-2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 maio 2017.

- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1316921- RJ**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 26-06-2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1316921&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#DOC10>>. Acesso em: 16 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto, 06-11-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 15.955 MC/ RJ**. Relator: Min. Celso de Mello, 25-09-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4430154>>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833.248**. Relator: Min. Dias Toffoli, 11-12-2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+ao+esquecimento%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 15 maio 2017.
- DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 118-119.
- \_\_\_\_\_. Um código para proteção de dados pessoais na Itália. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 16, p. 117-133, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/tese.cap1.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/tese.cap1.pdf)>. Acesso em: 16 maio 2017.
- DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção no habeas data. In: ALVIM, Teresa Celina Arruda (Coord.). **Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 290-320.

FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, G. R. A tutela aquiliana de direitos fundamentais no direito comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida. In: CASTRO, Matheus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser e RECKZIEGEL, Janaína (Org.). **A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha**. 1. ed. Chapecó/SC: UNOESC, 2014. t. II. p. 79-118. (Série Direitos Fundamentais Cíveis).

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLACH, Daisson. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372-407.

GOMES, Mário Manuel Vargues Gomes. **O Código da Privacidade e da Protecção de Dados Pessoais, na lei e na jurisprudência (nacional e internacional)**. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento da privacidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. Aparecida/SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 85-106.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 89, set./out. 2013. p. 463-465

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação (Jurisprudência comentada). **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 22, , jan./jun. 2014.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. **Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 74, jan. 2008.p. 31-40

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983.

PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O direito à verdade. Tradução de: Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com>. o-direito-a-verdade>. Acesso em: 21 abr. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-28/direito-comparado-direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha#author>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñero. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 11, abr./jun. 2010. p. 163-180

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira (parecer doutrinário)**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043> Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>. Acesso em: 16 jun. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVEIRA, Beatriz de Oliveira da et al. O direito ao esquecimento para a sociedade digital. **A Leitura**: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, v. 7, n. 12, maio 2014. p. 50-60

SUÁREZ; Villegas Juan Carlos. El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad. Gestion de datos personales en la red. **Telos**: Cuadernos de Comunicación, 2014. Disponível em: <<http://telos.fundaciontelefonica.com/>>. Acesso em: 16 maio 2017.

UNIÃO Europeia. **Síntese do parecer**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:253:0008:0009:PT:PDF>>. Acesso em: 16 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Acórdão publicado no processo C-131/12**. Google Spain SL, Google Inc./ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Tribunal de Justiça da União Europeia. Publicado em 13/05/2014. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm)>. Acesso em: 16 maio 2017.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Questões da Lei de Imprensa e os direitos de personalidade. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, a. 7, n. 48, jul./ago. 2007. p. 34-73